

14

POR
D. FRANCISCO PIO DE SABOYA

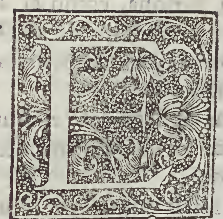
MOVRA, Y CORTE REAL, PRINCIPE PIO DE SABOYA, Marquès de Castel-Rodrigo, de el Consejo de su Magestad, en el Supremo de Guerra, Successor en la Casa, Estado, y Mayorazgo de Castel-Rodrigo,

CON
LA CASA, Y ESTADO

DE MEDINA-CELI, Y ALCALA

SOBRE

QVE SE CONFIRME EN LO FAVORABLE EL AVTO, en q̃ se mandò despachar provision de execucion por 47U388. ducados, y 8. rls. vellon contra los frutos, y rentas de dicho Estado de Alcalà; y q̃ se supla, y emmiende, en quanto no se mandò, corriesse la execucion por los reditos.

N. 1. S LA CONCLVSION EN los pleytos, quando lo estàn para sentencia, vn termino tan estrecho, y preciso, que llegò â ser opinion, y la llevò Innocencio, glossando el *Capit. Pastoralis. 5. De causa possession. & propriet. num.* 5. con quien concuerda *la glossa in Cap. Quamquàm. 9. de Probat.* verbo *Renuntiationes.* que ni en hecho, ni en Derecho era permitido â los litigantes alegar mas de su justicia; pero, porque en quanto â informar en Derecho, refutò esta opinion Pareja *de Univers. Instrum. edit. tit. 6. resol. 3. â num.* 131. y siguientes, y lo que es mas, la ley de el Reyno, 34. *tit. 16. lib.* 4. *Recop.* no escusa el Marquès de Castel-Rodrigo por medio de su Abogado executarlo.

2. Y aunque conoce, que dicha ley del Reyno previene la brevedad, y que no sean latos los escritos, por evitar confusion, y por los demàs motivos, que huvo para su publicacion; sin embargo puede conseguir este intento, mediante estar hecho puntual Manifiesto de el hecho por el Relator de el pleyto, conque se han conformado los Abogados de las partes, en conformidad tambien de otra ley de el Reyno: tomandose solo de èl, lo que conduxere para la mejor inteligencia de las questiones de Derecho. A cuyo fin se procurarà tener presente, lo que â este intento dexò escrito Hugo, *lib.* 5. ibi: *Lectio duobus modis animo fastidium ingerere solet, & affligere spiritum; & qualitate, videlicet si obscurior fuerit; & quantitate, si prolixior; in quo vtroque magno vti moderamine oportet, nè, quod ad refectionem quæsitum est, sumatur ad suffocationem.* Dividiendose la defensa de el Marquès en quatro articulos.

3. En el primero se procurarà manifestar, averse substanciado los Autos sobre la graduacion con la parte de el Estado de Alcalà; y que sin embargo de sus alegaciones huvo la executoria, la que por esto le perjudica.

4. En el segundo, convencer estar legitimado el Derecho

cho

cho de el Marquès, y tambien su Persona, como el averse hecho legitima excussion en los bienes libres de el Duque D. Fernando, no obstante las continuadas alegaciones, que en quanto â esto se hazen por el Estado.

5. En el tercero, comprobar de legitimo el Auto de execucion, para que, no obstante lo nuevamente alegado por parte de el Estado, se confirme.

6. En el quarto, y vltimo, instar sobre que se supla, y emmiende la providencia de execucion, en quanto se denegaron los intereses, y que se mande, que assi por ellos, como por el principal, se entienda la provision de execucion.

ARTICVLO I.

7. COforme và el Estado de Alcalà, en que la Duquesa Doña Beatrìz llevò 100ꝧ. ducados de dote, y que el Duque D. Fernando le mandò en arras 10ꝧ. â cuya paga se obligò en toda forma con todas las clausulas, y solemnidades necessarias, y que para mayor seguridad de el todo de esta dote, quedaron vinculados de los mismos juros, y tributos, que la compusieron, hasta 60ꝧ. ducados, y para los 40ꝧ. restantes, y los 10ꝧ. de las arras, â mas de su obligacion propria, y para en caso de no tener conque pagar, obligò los frutos, y rentas de el Estado de Alcalà, de que era posseedor; arreglandose para esto â la facultad Real, que se le diò, y conque se perfeccionò el instrumento dotal, como consta desde el principio de el Memorial.

8. Tambien es cierto, que celebrado este matrimonio desde 10. de Julio de 597. durò hasta 29. de Marzo de el de 637. formandose el concurso desde 20. de Agosto de el mismo año, desde quando fueron todos los Acreedores deduciendo sus creditos, haziendo esta diligencia por el suyo la Duquesa en 22. de Marzo de el año de 638. y consta al numero 16. fol. 14. de el Memorial, pidiendo su dote con los reditos desde la muerte de el Duque, y tambien por las arras con prelacion â los demàs Acreedores, que todos, aviendo salido, disputaron la graduacion, reformando la Duquesa Doña Beatrìz su primero pedimento en quanto â

ciertas partidas, y consta de el Memorial numero 32.

9. Assi mismo es constante, aver salido al pleyto el Duque de Medina-Celi, como Marido de Doña Luisa Enriquez Afan de Rivera, quien alegò, como posseedor del dicho Estado, ser acreedor en cantidad de 230ꝗ. ducados principales de tributos impuestos por el Duque Don Fernando, fundando su credito, y excluyendo el de la dicha Doña Beatrìz, y tambien los reditos, solo por el principal motivo de no aver dote; y por consiguiente, que faltando lo principal debìa tambien faltar lo accessorio, como se nota al fin de el numero 33. fol. 35. de el Memorial.

10. Despues saliò el Marquès de Castel-Rodrigo pidiendo grado por 50ꝗ. ducados, que le tocaban â su casa, y mayorazgos mediante lo estipulado en la escritura dotal por diferentes medios, y vno de ellos, no tener hijos, ni descendientes la dicha Doña Beatrìz, ni en estado por su edad de poderlos tener, y consta al numero 37. de el Memorial.

11. Y al numero 41. fol. 45. estando concluso el pleyto, y para determinarse, se formò pedimento por el Duque, como Padre, y legitimo Administrador de el Duque de Alcalà su hijo, pretendiendo, se declarasse estar pagada enteramente la dicha Duquesa Doña Beatrìz, como lo tenia alegado, como Acreedor; y q̃ en caso, de que enteramente no estuviesse pagada, se avia de declarar, estarlo de la parte de dote de bienes libres, *â cuya paga estaba obligado en defecto de ellos el Estado de Alcalà*. Y porque no constaba en el pleyto de el poder, que havo, para aver salido el Duque por su hijo, se presentò traslado, de el que otorgò en 13. de Octubre de 645. Don Antonio Juan Luis de la Cerda, Duque de Medina-Celi, como Padre, y legitimo Administrador de Don Juan de la Cerda Afan de Rivera Enriquez, Duque, y Marquès de Alcalà por succession legitima, al Licenciado Don Juan de Sandoval, vezino, y Abogado en esta Real Audiencia, su Agente mayor para la administracion de los bienes, y general para pleytos, quien lo substituyò en Procurador, y consta al fol. 96. de el Memorial.

12. Con cuya contradiccion visto el pleyto huvo la

sen-

ſentencia de V. S. de 13. de Mayo de 650. en que ſe le diò ſegundo lugar, y grado al Marquès de Caſtel-Rodrigo por 60U. ducados pertenecientes al vinculo, y de los reditos, que ſe liquidaſſen deſde 27. de Marzo de 637. con la reſerva, de que ſino pudieſſe cobrar los 50U. ducados de los bienes libres, ſiguieſſe ſu juſticia contra los vinculados de el Eſtado. Y en el miſmo lugar â la Duqueſa Doña Beatrìz, ô â quien ſu derecho huvieſſe, de los 50U. ducados reſtantes de dote, y arras, haziendoſe diferentes rebaxas, por lo que avia cobrado.

13. De cuya ſentencia; aunque ſe apelò por las partes, expreſſando agravios cada vna, y la de el Eſtado fundandolo en el punto de la reſerva contra los bienes de èl, y de no averle baxado otras partidas â la Duqueſa Doña Beatrìz, eſtando concluſo el pleyto, y aviendo avido en aquella inſtancia prueba, como en la primera, ſe confirmò llanamente la ſentencia de viſta, ſolo con la reſerva, de que fueſſen ſolo 50U. ducados, los que pertenecian al Mayorazgo de Caſtel-Rodrigo, y los 10U. de las arras como heredero de la dicha Duqueſa Doña Beatrìz; y tambien conque el recurſo contra los bienes de el Eſtado fueſſe contra los frutos, y rentas por los 40U. ducados de la dote, y 10U. de las arras, â que ſe avia obligado, conſtando todo deſde el numero 43. al 45. de el Memorial.

14. Ha ſido precisa la relacion de eſte hecho para la mejor inteligencia de las queſtiones de Derecho, reſpecto de no aver querido el Eſtado confeſſar, que la executoria le obſta, lo que ha repetido ya en la inſtancia, que ſe ſufriò, ſobre que, por eſtar hecha la excuſsion, ſe deſpachaſſe la execucion, y ya ſobre que ſe ſuplieſſe, y emmendaſſe el auto de viſta de el año de 671. fol. 86. en que ſe deſpachò la execucion, comenzando eſtas alegaciones deſde el fol. 87. Y como quiera que al Marquès de Caſtel-Rodrigo conviene, que la executoria primera no tenga reparo, como que es el fundamento para la determinacion de eſte pleyto, ſerà preciſo manifeſtarlo.

15. Segun lo poco, que ſe reconoce de las alegaciones de el Eſtado, ſe colige lo mucho, que puede alegar en la diſ-

diſpoſicion de Derecho, porque ſiendo la fianza *in ſubſidium*, como de la miſma eſcritura dotal conſta, ſe hizo preciſo en el litigio haſta la executoria la citacion, para que con ſu intervencion ſe huvieſſe proveìdo, y le perjudicaſſe, ſiendo â ſu favor en eſte ſentido toda la diſpoſicion de Derecho, *de qua* D. Larrea *Allegat. fiſcal.* 78. *â num.* 5. D. Salg. *de Regia.* 2. *part. cap.* 16. *num.* 86. *&* 4. *part. cap.* 11. *num.* 32. Carleval. Noguerol. & alij quàmplurimi collecti ab Aillon ad Gomez *tom.* 2. *var. cap.* 13. *num.* 2. *verſic. Quòd ſententia.* en la diferencia, que ay entre fiador *de iudicato ſolvendo*, ô en el fiador de contracto, reſolviendo eſtos, y otros muchos, que en el primer caſo obſta la executoria, aunque no en el ſegundo. Y eſtando en los terminos de eſte la fianza de el Eſtado, es corriente, que no aviendoſele citado, la executoria no le obſte, *vtpotè res inter alios acta, & iudicata.*

16. Si el Marquès de Caſtel-Rodrigo no tuviera en el pleyto mas medio para reſponder, que el de la falta de citacion, mediante lo comun, que parece la opinion, que queda referida, pudiera poner en alguna duda ſu juſticia: Pero ſin ſalir de la queſtion, no es tan comun la precedente opinion, que no padezca vna eſpecial limitacion muy propria de el pleyto: En cuyo hecho ſiendo, como es conſtante, que la obligacion, que el Duque Don Fernando hizo por sì, y con ſus bienes libres, fue eficaz guarentìgia, y con todas las clauſulas de ſeguridad, â la qual ſe llegò la fianza de el Eſtado; aunque eſte fueſſe vn fiador de contracto, por la naturaleza preciſa de èl le obſtaba el pleyto, y executoria; aunque faltaſſe la citacion.

17. Eſto no lo dizen el Sr. Larrea, Salgado, ni los mas citados por Aillon, ſino ſolo Guzman *de Evictionib.* y Eſcobar *de Ratiocin.* tambien citados por el miſmo Aillon: El primero formando eſta queſtion, que es la 16. de ſu tratado, y tocando deſde el numero 35. la diferencia del fiador de contracto, y que â eſte no le perjudica el pleyto ſeguido con el principal, la entra limitando deſde el numero 38. reſolviendo en el 40. in hunc modum : *Limita, quando fidejuſsio eſſet appoſita in inſtrumento guarentigiato, executionem paratam habente.* Llevando, que en eſte caſo obſta la ſentencia.

El

18. El Segundo, que es Escobar, trata en el *capitulo* 34. Si la sentencia en el pleyto seguido con el Tutor sobre el ajuste de la quenta de tutela, y sus agravios, substanciado solo con el Tutor, pueda obstarle al fiador, â quien no se citò; y poniendo las dos opiniones contrarias, las que concilia al numero 3. con la diferencia comun de fiador de juycio al de contracto, y que â este no le perjudica, passa al numero 4. y dize : *Priorem tamen partem huius distinctionis veram, & indubitabilem reputo, nisi in contractu, in quo intercessit fidejussor, clausula guarentigia sit apposita; puta, dedit potestatem omnibus Iudicibus exequendi contra eum reliqua ex tali contractu resultantia.* Citando â Bald. *in leg. 2. Cod. de fidejussor. tut.* Baeza *de Inope debitore.* Y â mas de ellos es terminante en Hermosill. *in leg. 32. tit. 5. part. 5. gloss.* 3. y 4. *num. 62.* Sin otros, que *consultò* se omiten, por no deberse detener en este punto, quedando assegurada la defensa, con lo que resulta de el pleyto.

19. Consiste esta, en que, quando el defecto de citacion causasse reparo en la executoria, estaba elidido, el que se opone, con que pendiendo el concurso desde el año de 637. hasta el de 650. en que cayò la primera sentencia, y en cuyo pleyto saliò el Duque successor de Don Fernando, como tal, ô como Administrador de el Estado por la Duquesa su muger, por este mismo hecho en el transcurso de tanto tiempo, y en la precisa noticia de el litigio, y alegaciones, que se hizieron, no pudo la parte de el Estado tener ignorancia; lo que basta, para que la sentencia le perjudique, y no sea reparable la falta de citacion, pues en esto se contemplan dos formalidades: La primera, porque, si la duda està, en sì la sola razon de averse substanciado el pleyto con solo el principal, es motivo, de que no perjudique al fiador, no ay duda, que por esta sola razon no le perjudica, por ser otras personas, otra la accion, causa, y modo de seguirse; pero si el motivo fuere, porque el fiador sabiendo se seguia el pleyto contra el principal, â quien fiò, ô porque prometiò pagar, lo en que el principal fuesse condenado, y sabiendo, que sobre esto avia pleyto, no vino â el, tampoco ay duda, en que le perjudica.

20. La razon de esto, por aver movido esta misma duda,

duda, la diò Antonio Heringio *de fidejussor. cap. 27. part. 5. num. 33. Quia, quando vnius rei, vel causæ, defensio pertinet ad vnum primò, & principaliter, & ad alium secundariò, si defendit primus sciente secundo, tunc secundus taciturnitate sua sibi præiudicat.* Lo mismo dixo Guzman *de Evict. dict. quæst. 16. num. 43.* con el Sr. Covarrub. *practicar. cap. 15. num. 8.* Costa *de Rata. quæst. 222. num. 9.* y otros; y sin estos, y en los mismos terminos de fiador Hermosill. *in dict. leg. 32. tit. 5. part. 5. gloss. 3. & 4. num. 61.* Y en los de tercero opositor, que teniendo interese en la causa, y sabiendolo, disimulò el salir, consintiendo cayesse la executoria, y que queriendo apelar de ella, no sea oìdo, lo fundò, y llevò con Escaccia *de Appell. quæst. 17. limit. 6. memb. 4. num. 76.* Lancelot. y otros, D. Salg. *de Regia. part. 4. cap. 8. num. 80.* quibus adiungitur Dominus Valenzuela. *Consil. 121. â num. 152. ad 157.* Conque, ô bien se contemple el Estado fiador, ô como tal tercero opositor, no ignorando, como no ignorò, ni pudo el litigio, que el Marquès seguia en el concurso por los intereses de su mayorazgo, sino saliò â deducir sus pretensiones, no puede negar, que la ciencia, que tuvo, le perjudica, sin dexarle recurso, ni aun para la apelacion, quedando por este medio convencido.

21. Y por si no bastare, concurre otro totalmente eficaz, y consiste en aver salido mostrandose parte: pues no puede negar, como se notò al §. 11. que antes de la primera sentencia, litigando el Duque successor de Don Fernando, como Acreedor por los censos, que este avia impuesto, y estando concluso el pleyto, saliò formando pedimento, como Padre, y legitimo Administrador del Duque de Alcalà su hijo, reproduciendo por este todo, lo que como Acreedor contra la Duquesa Doña Beatrìz avia opuesto; y siendo esto, como es cierto, el oponer la falta de citacion es no atendible: quando no ay cosa mas comun, que suplir la presencia, y comparicion en el pleyto de la parte interesada el defecto de citacion, vt colligitur *ex gloss. in leg. 1. §. final. ff. de Ferijs.* Con lo mucho, que con este texto juntaron Augustin Barboss. *lib. 2. Votor. decisiv. voto 58. num. 25. & 26. & lib. 3. voto 81. num. 8. & in Collectan. ad text. in Cap. Proposuisti. de foro compet.* D. Salg. *in Centuria Decision. ad Laberynt. decis. 66. n.*

C 15.

15. Y en terminos de interrupcion de prescripcion de la via executiva, que se entienda interrupta por la produccion de el instrumento contra el reo presente, lo fundò Carleval. *de Judic. tit.* 3. *Disp.* 4. *n.* 30. por la razon especial de la *ley* 29. §. *Si hæreditate.ff. de minorib.* donde se equipara la citacion con la presencia del litigante; no siendo de el caso, se dude de la formalidad, y modo de la citacion en el juycio, si en èl se halle, ô intervenga, de quo copiosè Cancer. *Var. resol. part.* 3. *cap.* 17. *â num.* 559. *ad finem.* & cum multis Giurba. *Deciss.* 98. *num.* 13. & cum omnibus Emanuel Alvarez Pegas *Resolut. forens. cap.* 2. *num.* 44. *&* 45. Y â mas de estos Noguerol. *Allegat.* 36. *num.* 17.

22. Con cuyas doctrinas en todos los casos, en que quisiere fundar el Estado la nulidad de el seguimiento de el pleyto hasta la executoria, es constante estar legitimamente pronunciada: pues ni la citacion en el concepto de su obligacion fue precisa, ni, quando lo fuesse, hizo falta â vista de aver tenido ciencia, y sobre todo salido al litigio; y lo que es mas, aver suplicado el Estado de la sentencia de vista, alegando el fundamento de falta de citacion, y el perjuycio, que se le seguia, en que lo cobrado por la Duquesa Doña Beatriz no se aplicasse â la causa mas dura, qual era la de la fianza en la cantidad, que ella incluìa, y no al resto de la dote, â que estaban obligados los bienes libres de el Duque Don Fernando; y sin embargo huvo la sentencia de revista, como todo esto lo alegò despues el Marquès, y consta al numero 95. de el Memorial fol. 70. y 71. mandandose despachar la execucion por el auto de 6. de Noviembre de 671. fol. 86.

23. Sin embargo de que esto es tan cierto en hecho, y Derecho, no obstante las alegaciones de el Estado, puede deduzirse querrà valerse, de que no tuvo ciencia de el pleyto de Acreedores de el Duque Don Fernando, ni de los creditos, que en èl deduxeron la Duquesa Doña Beatrìz, y el Marquès; ni menos, de lo que el Duque successor de Don Fernando, como tal, ô como Administrador de el Estado, en que era successora su muger, alegò, como Acreedor para evadirse de el perjuycio, que de la ciencia de el pleyto, en que se le quiere constituir, le resulta; y querrà fundarlo en

los

los textos *in leg. Veriùs. ff. de Probat. leg. Super servis. Cod. Qui militare possunt, vel non.* para que la ciencia no se presume, sino la ignorancia ; y que fundandose el Marquès, en que el Estado tuvo noticia de el pleyto, la debe probar cierta, ê indubitada, ad latè tradita per D. Valenz. Velasq. *Consil. 60. num. 57.* Gratian. *Discept. Forens. cap. 758. num. 9.* Riccio *Collectan. 1959.* & alios citatos per Sabell. *in Summa diversor. tract. §. Ignorantia.* Con las demàs autoridades, que son comunes, para probar este punto.

24. Y suponiendo, que esta ignorancia de el Estado es en hecho proprio, tiene la presumpcion en su contra, pues no se presume; respecto de que, aviendo salido, el successor en el Estado, ô como tal, ô como Administrador de la Duquesa su muger, que era la successora, no de otra menera pudo salir deduciendo el credito, que como tal Administrador; porque de lo contrario, no fuera parte, y por concurrir dos formalidades, vsando de la vna, no pudo ignorar la otra; siendo tan individuas, que en consequencia de posseedor fue Acreedor, y como tal, sabiendo el pleyto, le perjudica, siendo la razon : *Quia in individuis scientia vnius alijs præiudicat.* ex Sabelli §. *Scientia. num. 5.* cum ab eo citatis. Y de quererse valer el Estado, de que siendo el Duque Administrador, no pudo perjudicar â la Duquesa, en quien se pudiera presumir ignorancia, se excluye, conque la ciencia en el Procurador, ô Administrador como tal perjudica al dueño, quando esta ciencia la adquiriò por el acto de la administracion misma, y no por otro estraño, vt in terminis Gratian. *cap. 957. â num. 1. ad 5.* Riccio *Collect. 2865.* & Costa *de fact. scient. & ignorant. inspect. 78. & 79.* cum congestis â Garcia *de Nobilitat. gloss. 4. num. 30.* Conque, aunque quiera contemplar este acto como perjudicial, para que no basta la ciencia presumpta, sino la verdadera, y explicita, no puede negar, que, la que tuvo el Duque como Administrador, le perjudicò.

25. Sed estò quòd estuviessemos en conflicto de opiniones, y que para la determinacion de este dubio se huviesse de estar â la de Fontanela *de Pact. claus. 4. gloss. 10. part. 1. num. 51.* sin recurrir â las opiniones de Menochio *de Arbitrar. lib. 2. Centur. 2. cas. 186. & de Præsumpt. lib. 6. præsumpt.*

21.

21. & 23. y â la de Mascard. *de Probat. conclus.* 879. *cum duabus seqq.* En cuyos lugares ay copiosas doctrinas; basta lo que resulta de el pleyto, con aver salido el Duque, como Padre de el successor, y està notado al num. 41. de el Memorial, para que siendo antes de la primera sentencia, como que se hizo presente el Estado, alegando de su justicia por la fianza, y oponiendo excepciones â la Duquesa Doña Beatrìz, aunque no huviesse salido mas que esta sola vez, le perjudicaba: *Vt â contrario sensu* lo decidio el Consulto Vlpiano *in leg. Si perlusorio.* 14. *ff. de Appellat.* Con cuyo texto fundaron esta opinion Guzman *de Evict. dict. quæst.* 16. *num.* 42. y Hermosilla *in dict. leg.* 32. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 3. & 4. *num.* 61. ibi: *Limita 2. in Fidejussore ex contractu, si semel comparuit.* Con los AA. que estos citan, y de cuyas resoluciones no queda la menor duda en la ciencia verdadera, y explicita, que tuvo el Estado de el seguimiento de el pleyto, pues se prueba con el mismo.

26. Y reconociendo lo mucho, que le perjudica esta comparecencia, se vale de dezir en todas sus alegaciones, que fue nula, y que no se substanciò con el Estado, sin dezir otra cosa. Y quando se procurò sacar el poder, que Don Antonio Juan Luis de la Cerda otorgò en 13. de Octubre de 645. como Padre de Don Juan de la Cerda, Duque, y Marquès de Alcalà, contradixo se diesse dicha provision, porque, no estando este poder en el pleyto, no se subsanaba la nulidad; y lo querrà fundar, en que todas las vezes, que se opone la excepcion de defecto de mandato, y este no se exhibe, es nulo lo actuado, cuya question toca Marescoto *lib.* 1. *Var. cap.* 92. â principio, y aunque la resuelve con varias limitaciones, lo que en substancia dize, que pueda aprovechar al Estado, es, que serà nulo lo actuado despues de la oposicion de el defecto de mandato, hasta que se exhiba; pero no lo executado antes, en cuyo sentido puede ser se quiera tomar, lo que dixo D. Salgado 2. *part. labyrint. cap.* 23. *ad finem num.* 30. con todos los AA. que alli trae. Y aunque en estos terminos fuesse comun esta opinion, si la comparecencia al pleyto, que hizo el Procurador en nombre de el Duque Don Antonio, como Padre de Don Juan, es valida, aunque el de-

fecto

fecto de poder se huviesse opuesto despues, avia lo bastante, para probarse la ciencia de el litigio en el Estado, que es el assumpto, que por el Marquès se procura probar.

27. Y para que no quede la menor duda, es de tener presente, que, assi el Sr. Salgado en el lugar proximè citado, como Marescoto, y otros van conformes, en que, aunque se oponga la excepcion de poder, como en realidad lo aya, no ay nulidad; bastando estè este *apud Notarium, vel penes Procuratorem : quia tunc, si prosecutus fuit litem, valent acta, & suppletur citatio; & licèt non ostendatur, sufficit ad processus validitatem, quòd sit penes se, aut alibi:* Vt cum speculatore *tit. de Procurator.* & Vantio *de Nullitat. ex defectu mandati num.* 116. & 117. lo afirma Pegas *Resolut. forens. cap. 2. ad finem num.* 50. Y si con la provision de V. S. constò, sin embargo de la contradiccion de el Estado, estar dado el poder el año de 45. por el Duque Don Antonio, como Padre del Duque Don Juan, y substituido â Procurador, como consta de el Memorial fol. *96.* siendo la primera sentencia el año de 50. y consta al fol. *46.* de el Memorial, es visto, que, aunque el Estado en todas sus alegaciones despues de la executoria huviesse alegado, y opuesto (que no hizo) esta excepcion de defecto de poder; si *revera* lo huvo, y estaba ô *penes Notarium*, de donde fue sacado, *penes partem, aut alibi*, los Autos se han substanciado legitimamente: pues, aunque fuesse vn juycio executivo formado por vn Procurador, sin presentar el poder, y opuesto este defecto por el reo, y despues presentado el poder, no era el juycio nulo: *Vt cum plurimis* D. Olea *de Cession. tit. 6. quæst. 9. per totam*, & precipuè. *num.* 50. â diferencia de quando no huvo poder, se opuso el defecto de mandato por el reo, y el Actor ratificò lo hecho por el Procurador, vt comprobat *eod. loc. num. final.*

28. En estos terminos no queda la menor duda para la validacion de la executoria, en que no hizo falta la citacion de el Estado como fiador por la naturaleza de su obligacion, y calidad de contracto, en que se puso, ciencia, que de el pleyto tuvo, y comparecencia, que en èl hizo el Procurador con poder bastante anterior â la executoria; sin que aya, ni pueda darse nulidad; bastando para excluirla no so-

lo

lo el conocimiento tan lato de cauſa, que huvo para pronunciarſe; ſino que en ſu conſequencia ſobre la liquidacion de los reditos, que pertenecen â el Eſtado del Marquès, huvo executoria aprobandola; y ſin embargo de dilatorias, que opuſo el Eſtado, quando ſe le mandò ſeñalaſſe bienes libres, huvo otra executoria, ſobre que reſpondieſſe derechamente; y con lo que reſpondiò, y dilatado conocimiento de cauſa, que huvo ſobre eſto, cayò el auto, en que ſe mandò deſpachar la execucion.

ARTICVLO II.

29. SIn embargo, que por la executoria, en que ſe le diò grado al Marquès, por lo que le tocaba â ſu caſa, y mayorazgo en virtud de lo eſtipulado en el inſtrumento dotal, fue viſto, averſe conocido baſtantemente por las alegaciones, que el Duque como Acreedor hizo, y reproduxo el Eſtado, quando ſaliò, eſtando el pleyto concluſo para la primera ſentencia de el punto de la legitimacion de el Derecho de el Marquès para la pretenſion, que deduxo, no obſtante, que en fuerza de la executoria, y por lo que reſultò de la liquidacion, ſe pidiò la execucion: como quiera que contra eſta por el Eſtado ſe han opueſto, aunque con repeticion, excepciones, que ſe han continuado, deſpues que ſe proveyò el auto de execucion; no eſcuſa el Marquès por lo preciſo, que halla, para que dicho auto ſe confirme, y dexando en ſu debido culto, y veneracion la primera executoria, legitimar ſu Derecho por lo tocante â ſu caſa, y mayorazgo, y tambien ſu Perſona, evacuando las alegaciones de el Eſtado.

30. Eſtas ſe reducen â tres: La primera, que no puede aver Derecho por cauſa de la Duqueſa Doña Beatrìz, quando ſe le gravò en las Capitulaciones matrimoniales, y conſtitucion de dote por ſus Padres ſu legitima â beneficio de la caſa, y mayorazgo de Caſtel-Rodrigo.

31. La ſegunda: Que dado caſo pudieſſe, y debieſſe conſiſtir eſte gravamen, para que llegaſſe, el de que la caſa de Caſtel-Rodrigo pudieſſe adquirir, y agregar, lo q̃ ſe eſtipu-

lò

lò en el contracto matrimonial; era preciso, que la Duquesa Doña Beatriz no huviesse tenido hijos, y que aviendo succedido lo contrario, aunque premurieron, caducò la disposicion.

32. La tercera: Que quando todo esto cessara, y en el Derecho de el Marquès no huviesse duda; la avia por la naturaleza de la obligacion subsidiaria de el Estado, y por lo expresso de la executoria, para que pudiesse tener lugar la execucion; mediante no estar excutidos bastante, y legitimamente los bienes libres de el Duque Don Fernando.

33. Y para que no se repare en la legitimacion de la Persona de el Marquès actual, hasta colocarse en el grado, en que â su linea puso la Duquesa Doña Beatrìz para esta agregacion; es de tener presente, que en los fol. 85. y 101. se haze relacion, que Don Manuel de Moura fue heredero de la Duquesa Doña Beatrìz, y de este Don Francisco de Moura Corte Real, quien dexò dos hijas, que la mayor fue Doña Leonor de Moura, y la menor Doña Juana de Moura; y que aviendo muerto el año de 705. la dicha Doña Leonor, nombrò por sus herederos â la dicha Doña Juana Princesa Pio su hermana, y al Principe Don Francisco Pio de Saboya su sobrino, y que premuriendo este sin hijos, succediesse Don Luis Pio de Saboya tambien su sobrino; constando aver muerto la dicha Doña Juana Princesa Pio en el año de 717. con cuyo hecho, que no se duda por el Estado, no la puede aver en lo legitimo de la Persona de el Marquès, escusandose por no dilatar, dar pruebas de Derecho en esto.

ALEGACION PRIMERA.

34. Y passando â la primera excepcion de el Estado, que como que se dirige â la raìz, y origen de el credito deducido por el Marquès, y que de ser legitima, pudiera vacilar la execucion, â no averla alegado, como la alegò, y consta de el Memorial fol. 88. se omitiera tocarla; pues no ay cosa mas comun, que valer el gravamen, que al tiempo de dar la dote el Padre, le pone â la legitima de la hija, consintiendolo expressamente esta, en que es texto capital para

el

el punto la ley *Cùm dos. 7. ff. de Pact. dotal.* ibi: *Cùm dos filiæ nomine datur, optimum est, pactum conventum cum vtroque generum facere: quamquàm in initio dotis dandæ legem, quam velit etiam citra personam mulieris, is, qui dat, dicere possit.* Cuyo texto mirabiliter exornat D. Larrea *Deciss.* 33. *num.* 55. en terminos de constitucion de dote, fundandose de ella mayorazgo, que fue de lo que hablò en dicha decision; con la circunstancia, de que en aquel caso eran llamados los hijos de el matrimonio, para que se diò la dote, y desde luego quedò fundado el vinculo; lo que falta enteramente en nuestro caso, pues de aver hijos, no avia de aver agregacion â el Estado de Castel-Rodrigo, siendo condicional la fundacion, y tambien el gravamen.

35. Pero quando estuviessemos en los terminos de gravamen, y que este fuesse para que, aunque huviesse hijos, heredasse toda la dote el Estado de Castel-Rodrigo, el Duque Don Fernando, ô otra persona; era valido el pacto aun no interviniendo los hijos, vt est textus expressus in *leg. Si Pater.* 12. *ff. de Pact. dotal.* ibi: *Si Pater dotem dederit, & pactus sit, vt mortua in matrimonio filia dos apud virum maneret: puto, pactum servandum, etiamsi liberi non interveniant.*

36. En estos terminos fundaron esta conclusion D. Molina *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 7. D. Castillo *tom.* 5. *Controvers. cap.* 67. *num.* 52. & *cap.* 107. *ex num.* 46. Gutier. *in Repet. Cap. Quamvìs pactum. de pactis. num.* 27. & cum multis Aillon *ad Gomez tom.* 1. *Var. cap.* 11. *num.* 31. Roxas *de Incompatib.* 1. *part. cap.* 13. *num.* 25. Antúnez *de Donation. Reg. lib.* 1. *Prælud.* 2. §. 1. *â num.* 90. Noguerol. *Allegat.* 19. *â num.* 63. Fontanel. *de Pact. claus.* 4. *gloss.* 5. *â num.* 28. D. Valenz. Velasq. *consil.* 182. *per totum*: Practicandose lo mismo en el hijo vnico respecto de el tercio de los bienes, por ser successor necessario como en la legitima, vt dicunt Addentes D. Molin. *in dict. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 7. No estando, como no se està, en la limitacion de el gravamen en el tercio segun la ley 27. de Toro, que no es valido, ni quando tiene vn tercero causa de el hijo; porque, aunque este pueda impugnar el gravamen, el tercero no puede, y en los demàs casos, que traen los Addent. ad D. Molin. *loco prox. citat.*

Y

37. Y el Sr. Salgado en terminos de Acreedores de el hijo, que consintiò en el gravamen, disputando si de este acto se les podrà seguir perjuycio, resuelve en *la* 2. *part.* de el Laberynto por todo el *cap.* 16. con la opinion negativa por los Acreedores; â quien siguen todos los demàs, que juntò D. Olea *tit.* 2. *quæst.* 3. *â num.* 20.

38. Y aunque Carleval *de Iudiciis tit.* 3. *Disp.* 25. *per totam* pro viribus se empeñò en defender, que el consentimiento de el hijo en gravar su legitima no puede perjudicar â sus Acreedores, por la razon de que, si con el gravamen haze alguna disposicion, el acto se le atribuye â èl, y no â su Padre, por continuarse en el dominio de la legitima, que se le dà titulo *dotis, vel alio,* por serle debida *iure naturæ*; â mas, de que esta singular opinion queda refutada con la distincion, que trae el Sr. Salgado *loco proximè citato num.* 25. en terminos, de que si el consentimiento de el gravamen fue antes de adir la herencia, y legitima, que entonzes sin duda puede perjudicar â los Acreedores, por no repudiar, ni diminuir el *ius quæsitum,* sino *quærendum*; â diferencia de quando es despues, *vt num.* 26. y que el Sr. Olea *dict. loco, & num.* tampoco se conforma con dicha opinion; en el caso presente no se disputa con Acreedores, ni con hijos, que puedan pretender Derecho; antes si la condicion, en virtud de que tiene el juycio el Marquès, fue en cierto modo contra el Padre de la Duquesa Doña Beatrìz; pues en el caso, de que previviesse, y esta muriesse sin hijos, se privaba de la succession; y no se discurre gravamen, quando los hijos de la Duquesa Doña Beatrìz no avian de ser pejudicados, que aunque lo fuessen, era valido.

39. Ex his igitur se conoce, que desde el acto de las Capitulaciones matrimoniales, y consentimiento expresso, que en la escritura dotal prestò la Duquesa Doña Beatrìz, se le adquiriò â el mayorazgo, que possee el Marquès, vn Derecho tan irrevocable, que sin su consentimiento expresso, y que este fuesse valido, aunque quisiessen la Duquesa Doña Beatrìz, y su Padre alterar lo dispuesto, no valìa; y mucho mas quando, si por contemplarse donacion, ô especie de ella, en que se requiere la acceptacion de el donatario, ad la-

tè

tè tradita per D. Salgad. *in Labyrint. 2. part. cap. 26. per totum, & præcipuè ex num.* 84. *ad* 101. Antunez *de Donation. Reg. lib.* 1. *prælud.* 2. §. 1. *ex num.* 147. *ad finem,* con los muchos, que juntò para la materia, *& præter illos* Faria ad D. Covarr. *lib.* 1. *Var. cap.* 14. *per totum,* esta la huvo por los Padres de la Duquesa Doña Beatrìz, quienes intervinieron en las Capitulaciones matrimoniales, y posseian el mayorazgo de Castel-Rodrigo, â cuyo favor era la agregacion; continuandose en los successores esta misma acceptacion, quando fuesse, que no es, precisa, vt ex dict. AA. *proximè citat.* comprobatur, & præcipuè ex Antunez; bastando solo la acceptacion de el primero, â cuyo favor fue la donacion, para que cause irrevocabilidad: â mas de que, en el mayorazgo se contempla persona ficta, representando dos su posseedor, ambas realmente distintas, vt cum pluribus idem D. Salgad. 1. *part. de Retent. bullar. cap.* 12. *ex num.* 11. *cum seqq. &* 2. *part. cap.* 15. *ex num.* 28. & præcipuè *in labyrint.* 2. *part. cap.* 7. *â num.* 27.

ALEGACION SEGVNDA.

40. La segunda excepcion, que tambien està alegada, y consta de el Memorial fol. 87. sobre que aviendo tenido dos hijas, caducò la disposicion, por no averse purificado el pacto, y condicion de morir sin hijos la Duquesa Doña Beatrìz, parece puede esforzarse por el Estado con la especial decision de el texto *in leg. Siquis hæredem.* 7. *Cod. de institut. & substit.* Cuius verba: *Si quis hæredem scripserit sub tali conditione, SI ILLE CONSVL FACTVS FVERIT, VEL PRÆTOR; vel ita filiam suam instituerit hæredem, SI NVPTA FVERIT; vivo autem testatore, vel ille Consul processerit, vel Prætor fuerit factus, vel adhuc vivo testatore Consulatum quidem, vel Præturam ille deposuerit; filia autem eius â marito diverterit; omni veterum dubitatione explosa sancimus; quandocumque impleta fuerit conditio, sive vivo eo, sive mortis tempore, sive post mortem, conditionem videri esse completam. Quod & in legatis, & in fideicommissis, & libertatibus obtinendum esse censemus: nè, dum nimia vtimur circa huiusmodi sensus subtilitate, judicia testantium defraudentur.*

41. Con este texto concuerda otro, que es la ley *Cùm vxo-*

vxori. 4. Cod. Quando dies legat. ced. ibi: *Cùm vxori vsus fructus fundi legatur, & eius proprietas* CVM LIBEROS HÆBVERIT: *Nato filio statim proprietatis legati dies cedit: nec quidquam obest, si is decedat.* Con cuyos dos textos concuerdan el *Cap. Statutum. de Rescript. in 6.* y la glossa de la *Clement. Etsi principalis. de Rescript.* de cuyos dos textos se prueba, que la qualidad, que se requiere en el acto, no es preciso, que dure siempre; siendo bastante, que concurra, y se verifique al tiempo de el acto: tocando con los textos del Derecho civil citados, y con otros concordantes, que son la ley *In substitutione. ff. de Vulgar.* y la ley *Heredibus. ff. ad Trebell.* esta question latissimamente D. Castillo. *lib. 5. Controvers. cap. 89. per totum,* & D.Molina. *lib. 1. de Primog. cap. 6. per totum.* Valasco *Consult. 120. per totam,* & præcipuè *â num. 17.* cum ab eo citatis.

42. Ex his auten principiis podrà dezir el Estado, que aviendose verificado, como se verificò, que la Duquesa Doña Beatrìz tuvo hijos, aunque premurieron; y que, lo que se capitulò, fue, que si muriesse sin dexar hijos, ni descendientes legitimos, pudiesse testar, & c. como consta de el Memorial fol. 5. y que en la aprobacion de la Duquesa se puso, que en caso de no tener descendientes, avian de bolver los 50ŋ. ducados, & c. como parece de el num. 9. de el Mem. que estas clausulas induzen no tener hijos; aviendose experimentado lo contrario, y que no es preciso viviessen al tiempo de su muerte, por bastar averlos tenido, es visto aver caducado la disposicion de la agregacion; y como defecto tan visible, no puede tener Derecho el Marquès, no solo para via executiva; pero ni aun para ordinaria, por no estarle en ninguna forma obligado el Estado.

43. Estas razones, y fundamentos, que parece no dexan lugar para la respuesta, es tan facil la solucion â ellas, como dificil ha sido esta question entre los Authores: que para explicarla con brevedad, y claridad, es preciso suponer; que, ô los hijos se ponen en la condicion afirmativa, ô en la negativa; teniendo en ambos casos su distincion: respecto de que, ô la afirmativa es absoluta, ô reducida â cierto tiempo. Si absoluta; en qualquiera evento, en que se verificare aver hijos, es bastante, para que el substituto

no

no tenga lugar; y en estos terminos admitimos todos los textos, y authoridades, que â favor de el Estado se citaron. Pero si la condicion fue reducida â cierto tiempo; entonzes, para que se purifique, es preciso, que se verifique tenerlos: y es la razon, porque la qualidad, que determina la voluntad, porque se significa el tiempo, de la qual toma su efecto la disposicion, *illo adesse debet tempore, quo dispositio sumit effectum.*

44. Probando esta segunda parte el texto capital *in leg. Inter socerum. 26. in princip. ff. de Pact. dotal.* en cuya especie, aviendose dispuesto, que premuriendo la muger con hijos, el Marido lucrasse toda la dote, y sin ellos solamente vna parte; resuelve el Consulto: que, para que pueda aver lugar â todo el lucro, es preciso, que huviesse hijos al tiempo de la muerte, sin que bastasse averlos tenido, y muertose antes, que la Madre. Y en el caso de el texto, aviendose muerto en vn naufragio Madre, ê hijo, decidiò: *Quia verisimile videbatur, ante Matrem infantem periisse: virum partem dotis retinere placuit.* Verificandose la afirmativa limitada al tiempo de la muerte de la Madre sin tener hijos, porque tuvo lugar la substitucion, que se puso en las Capitulaciones matrimoniales.

45. Evacuada la condicion afirmativa con su distincion, llega el caso de tocar la negativa; la qual, ô es indeterminada en la carencia de hijos, en cuyo caso mientras ay esperanza, de que los aya, no tiene lugar la substitucion: siendo este el caso de la glossa *in leg. Peto. §. Fratre. in verbo ex familia. ff. de legat. 2.* Y como quiera que la naturaleza de la condicion negativa sea, que entonzes se cumpla, quando ay certeza, de que no pueda succeder el caso, ô que se reduzga â impossible; en qualquiera, que acontezca no aver hijos, estarà cumplida, y avrà lugar â la substitucion. Es la razon, porque el testador considerò el defecto de hijos en todo el tiempo: y asi como en la condicion de hijos afirmativa, ê indeterminada respecto de tiempo, basta tenerlos en qualquiera caso; de la misma forma, en la condicion negativa indeterminada bastarà en qualquiera no tener, ni poderlos tener; por la regla comun, de que idem

ope-

operatur propositum in proposito, quod oppositum, in opposito, *ex leg. final. §. final. ff. de Legat.* 3.

46. Compruebasse â contrario sensu con la decision de la ley *Cùm testatorem.* 1. *ff. de Condition. insert.* donde instituìdo heredero con la condicion *si sine liberis*, y quando este muriò aver dexado vn nieto de vna hija, se resolviò: *Conditionem adscriptam fideicommissario defecisse manifestum esse*; por la razon, de aver quedado descendencia tempore mortis de el heredero gravado, conq̃ se pudiesse cumplir la condicion.

47. O es determinada, y reducida â tiempo, como si se pone al de la muerte de la Madre de el gravado, y que esta muera sin hijos; en cuyo caso se requiere, que no los aya al tiempo de la muerte, sin que los antes nacidos, y muertos hagan faltar la condicion de esta disposicion, porque solo, los que quedan tempore mortis, son los que hazen deficere conditionem. Vt est text. *in leg. Filius famil. §. Cùm quis. ff. de Legat.* 1. *leg. Ex facto. §. Ex facto. & §. Siquis autem. ff. ad Trebellian.* Siendo la razon: porque los hijos nacidos, y premuertos antes que el gravado, no causan el defecto de la condicion; porque el defecto de hijos se halla determinado respecto de el cierto termino, y por esto se debe considerar aquel, y no otro tiempo, vt probatur *ex leg. Titius. ff. de Testament. milit.*

48. Comprueban esta distincion, y todo lo discurrido en este punto, Mantica *de Coniectur. lib.* 11. *tit.* 6. *per totum.* Reynoso *observat.* 64. Peregrino *de Fideicommis. articul.* 29. *â princip. ad finem*, y con estos, y otros muchos Authores, Antunez *de Donation. lib.* 1. *prælud.* 2. §. 2. *â num.* 123. *ad* 127. dando la razon entre condicion afirmativa, y negativa: *Quia, quando in conditione SI LIBEROS NON HABVERIT, non fuit facta relatio ad tempus mortis, vel aliud certum; quandocumque filij defecerint, etiam post mortem hæredis instituti, substitutus admittetur; cùm talis conditio requirat existentiam filiorum tempore mortis, ita vt deficere dicatur vno tantùm ex liberis relicto.* Para q̃ cita la dicha *ley* 1. *Cod. de Donation. insert.* y la ley *Non est sine liberis. de verbor. signific.* Siendo lo contrario, quando la condicion es afirmativa, porque basta tener hijos, *licèt tempore mortis non existant*, y se purifica, aunque mueran en vida de el legatario.

49. Y recurriendo aora al pleyto, no ay duda, q̃ las condiciones pueſtas en las Capitulaciones, y aprobacion de la Duqueſa Doña Beatrìz, no ſon afirmativas, ſino negativas; porque ambas miraron â la carencia de hijos, con eſta diferencia; que en las Capitulaciones fue la negativa determinada al tiempo de la muerte, ibi: *Si la dicha Doña Beatrìz murieſſe ſin dexar hijos, ni deſcendientes legitimos*, para que ſe citò el num. 5. fol. 4. de el Memorial; y la de la acceptacion fue negativa indeterminada, ibi: *En quanto â la reſtitucion de los 50ꝗ. ducados, que en caſo de no tener deſcendientes, avian de bolver â incorporarſe al Eſtado, y mayorazgo de Caſtel-Rodrigo.* Y aunque es cierto, que la clauſula de la aprobacion es referente â la de las Capitulaciones, y por eſto repetitiva, vt eſt text. *in leg.* 1. §. *Deinde. &* §. *Ex hoc edicto. ff. de Poſtuland. Cum concordant.* porque ſe entendiò pueſta con todas las qualidades de la de las Capitulaciones; ſiendo la principal, la de ſer negativa determinada, es viſto, fue preciſo eſperar al tiempo de la muerte de la Duqueſa Doña Beatrìz, y que murieſſe ſin hijos, como de hecho fue aſsi; y para que conducen todas las doctrinas, que ſe traxeron, para probar el efecto de la condicion negativa determinada â tiempo.

50. Pero tomando la clauſula de la ratificacion como condicion negativa indeterminada ſin relacion â la de las Capitulaciones, obrando eſta el efecto de eſperar, ô la muerte, ô la incapacidad por la edad crecida, impotencia, ô ſemejante, en que ſe pueda verificar la no exiſtencia de hijos; no aviendolos, quando muriò la Duqueſa, ni pudiendolos aver algun tiempo antes de ſu muerte, deſde entonzes por razon de ſu edad crecida quedò purificada la condicion, y evidente la reverſion de los 50ꝗ. ducados al mayorazgo de Caſtel-Rodrigo; pudiendo aver ſalido, como con efecto saliò, ſu poſſeedor, aun viviendo la dicha Duqueſa Doña Beatrìz, alegando ſer incapaz de tener hijos, y llegado el caſo de la ſubſtitucion por aver premuerto, los que tuvo, y conſta al numero 37. fol. 39. y 40. de el Memorial.

51. Optimè ad propoſitum Marco Antonio Sabelli *in Summa* §. *Conditio.* 33. *num.* 50. ibi: *Conditio* SI SINE LIBERIS *non*

po-

potest dici impleta, nisi post obitum illius, cui fuit adiecta; vt non possit dici purificatum fideicommissum cum eo, quòd deficiat spes suscipiendæ prolis; sed spectandus sit obitus gravati sub dicta conditione; quidquid secùs sit de alia simili conditione, SI FILIOS HABVERIT, VEL NON HABVERIT, *quæ purificatur statim, ac constat de impotentia generandi.* Para que cita â Fussario *de substit. quæst.* 415. *num.* 2. Pablo Zachias *qq. medicoleg. tom.* 2. *Decis.* 98. *num.* 8. *& seqq.* y â Antunez *loco proxim. citat. â num.* 130. cum ab eo relatis.

ALEGACION TERCERA.

52. La tercera excepcion, tambien alegada por el Estado en diferentes partes, y las principales fol. 65. y 69. en terminos de no estar excutidos los bienes libres de el Duque Don Fernando, para que tuviesse lugar la obligacion subsidiaria de el Estado, parece fundarse, en que, si por la *Authentica res, quæ. Cod. commun. de legat.* ô por mejor dezir por la Real facultad pudieron obligarse, ô como fiador, ô como prenda los frutos de el Estado, reduciendose esta obligacion â los terminos de subsidiaria, y condicional, vt ex D. Molina *lib.* 4. *de Primog. cap.* 7. & notat Rodriguez *de Annuis reddit. lib.* 2. *quæst.* 19. *num.* 15. *&* 16. *ad finem,* para llegar â convenirlos, se hazia precisa en el Marquès la obligacion de justificar la inexistencia de bienes libres del Duque Don Fernando, sin que en el Estado tal obligacion resida, vt ex dict. D. Molin. *lib. & cap. proximè cit. num.* 34. *&* 35. constat, y cuya opinion llevan Gencio, Avendaño, Fussar. *de Substit. quæst.* 531. *â num.* 124. & latissimè Fontanel. *de Pact. tom.* 2. *claus.* 5. *gloss.* 1. *part.* 2. *per totam, & præcipuè ex num.* 12. cum alijs quàmplurimis.

53. Pero aunque esto sea asi, y por el Marquès no se niega, debe tener presente el Estado, que aunque esta excussion, ô insuficiencia de bienes su prueba consista en diligencias, que es preciso se executen, *non tamen opus est, vt diligentiæ sint adeò exactæ, vt in formali excussione postulatur; sed sufficit ea moralis, quæ solet adhiberi per cessionarium adversùs nomen debitoris cessum, vt contra cedentem redire valeat,* que firmò el Cardenal de Luca *de Dote. Discurs.* 145. *num.* 85. con

Man-

Mantica, y diferentes decisiones de la Rota: conque, toda la vez, que el Marquès huviere hecho sus diligencias contra los que tuvo por bienes libres de el Duque D. Fernando, ha cumplido; sin que se le pueda, ni deba poner el menor obice.

54. Aviendo el Marquès, despues de la primera executoria, solicitado, se liquidasse por el Relator su credito, como con efecto se executò, y dado traslado al Duque, y por no aver dicho cosa alguna, aprobadose por otra executoria la liquidacion, y en su virtud tratado de cobrar, por averlo hecho ya dicho Duque como Acreedor, en conformidad de el primero lugar, y grado, que se le diò en la sentencia; y que por el Administrador de el concurso se pusieron los bienes de manifiesto, como de los folios 50. y 51. de el Memorial consta; no tuvo otra diligencia, que hazer, que arreglarse â la disposicion de la ley *â Divo Pio. §. In venditione. ff. de Re iudicat.* vbi Angelus, y â la de la *ley Final. §. Licentia in principio. Cod. de Iure deliber.* de que hablò Fontanela. *dict. claus. 5. gloss. 1. part. 2. num. 15. y 16.* que fue pedir, que el Administrador pusiesse los bienes de manifiesto, y que el Estado señalasse bienes, que es la mente de dichos dos textos; para constituirle no solo en la ciencia de las diligencias, que el Marquès practicaba, sino tambien en la obligacion, que tenia de señalar bienes, y en su defecto pagar de los frutos de el Estado, quien debe confessar lo arreglado de este hecho.

55. Y aunque por conocerlo assi dicho Estado, y sin embargo de protestas saliò señalando bienes libres de el Duque Don Fernando, en cuyo acto se confessò la obligacion subsidiaria, y legitimas diligencias, que por el Marquès se practicaban; todos los bienes, que señalò, fueron mas de 30IJ. ducados, que se dixo, debia el Duque de Cardona por redditos de vn tributo perteneciente al vinculo de Doña Juana Cortès, de el tiempo, que lo posseyò el Duque Don Fernando. Todo el dinero depositado de el precio de la Villa de dos Hermanas: Lo cobrado por Don Bernardo de Rivera de el Alguazil de Triana: Las plazas de Escrivanos acrecentados â los oficios de Justicia: Y el costo de el as-

ſiento, que ſe tomò con ſu Mageſtad, ſobre el vſo de dichos oficios: Concluyendo, en que ſe declaraſſe, avia cumplido; y que el Marquès hizieſſe ſu diligencia en el cobro de eſtas partidas, que por no aver preſentado inſtrumentos el Eſtado, ſe le mandò lo hizieſſe, y conſta deſde el folio 55. haſta el 57.

56. Aunque los preſentò, ninguna de eſtas partidas fueron exiſtentes, para que, cobrandolas el Marquès, ſe hizieſſe pago: pues la de los 30ꝟ. ducados de el Duque de Cardona, quien hizo tranſaccion con el Duque Don Fernando por 4. de Septiembre de 1623. que fue la primera, es conſtante, que aviendo ſalido eſta eſcritura al pregon ſin embargo de la contradiccion de el Eſtado, no huvo ponedor. Eſto, por dezir el Marquès, que ſin embargo de la tranſaccion avia concurſo â los bienes de el dicho Duque de Cardona, lo que conſtò por teſtimonio, en que ſe le diò al Duque D. Fernando ſeptimo lugar por los redditos haſta el dia de ſu muerte, y al Principe de Paterno ſu Yerno por cabeza de ſu muger ſucceſſora en el Eſtado *por* 1. *q.* 827ꝟ185. *maravedis* con fianza, y tambien por 6ꝟ. ducados de la ceſſion de D. Bernardo de Rivera, Acreedor, que era, al Duque Don Fernando, de que conſta al num. 26. de el Mem. y de 24ꝟ300. ducados, que ſe le quedaban debiendo de dicha tranſaccion al referido Duque Don Fernando, para que ſe hizieſſe pago, de lo que como teſtamentario avia pagado; no conſtando, huvieſſe dado dicho Principe las fianzas, y ſe refiere deſde el fol. 57. haſta el 63. de el Memorial. Y por lo tocante â el dinero de la venta de la Villa de Dos Hermanas; conſta por nota pueſta por el Relator al fol. 56. averſe librado eſte dinero â la Duqueſa Doña Beatrìz, Doña Mayor de Vallejo, Doña Iſabel de Soto, y el reſto â Juan Antonio de Herrera; ſin que ſe ayan conſiderado bienes libres las plazas de Eſcrivano, y demàs, que ſe ofreciò por el Eſtado.

57. Y aunque por parte de eſte, por inſiſtir el Marquès de Caſtel-Rodrigo, en que avia hecho baſtante excuſsion en los bienes libres, ſe pretendiò, ſer dinero efectivo la eſcritura de tranſaccion de los dichos 30ꝟ. ducados, y que el Principe de Paterno avia cobrado 26ꝟ. ducados de plata, y

G 6ꝟ.

6ŋ. de vellon con fianzas, y otras cantidades de los efectos de el concurso de el Duque de Cardona, lo que parece se quiso assegurar con vna certificacion fol. 76. en que constò, aver cobrado dicho Principe como testamentario de el Duque Don Fernando 13. *q.* 736ŋ668. *maravedis,* esto està evacuado en esta forma.

58. Todo el credito de el Duque Don Fernando por la escritura de transaccion, y grado en el concurso de Cardona consistiò en 30ŋ. ducados, segun se deduce de el Memorial. Todo lo cobrado por el Principe de Paterno, segun alega el Estado, y no es cierto, como se dirà en su lugar, de caudal de dicho credito, importan los dichos 13. *quentos* y mas maravedis: conque, en aviendolos cobrado todos, ô parte como Acreedor privilegiado, no ay bienes libres.

59. Esto se prueba, con lo que consta â los numeros 59. y 60. fol. 61. y 62. de el Memorial, en que por auto se le mandaron abonar al Principe de Paterno, sin embargo de la contradiccion de el Administrador de este concurso, y demàs Acreedores de el Duque de Cardona, 2ŋ500. excudos moneda de Sicilia, por el funeral, y lutos de el Duque Don Fernando: 2ŋ800. reales por los lutos de los agentes en la Corte, y Contadores: 4ŋ. excudos por el gasto de el viaje de la Duquesa Doña Beatrìz desde Genova â Palermo: 16ŋ666. excudos, y 8. *tarines* por los alimentos de dicha Duquesa: y los 6ŋ. ducados de la cesion de Don Bernardo de Rivera.

60. Cuyas partidas reducidas â reales de vellon de estos Reynos, parece componen 416ŋ300. reales, que hazen mas de 37ŋ. ducados: ê importando los dichos 13. *q.* 736ŋ668. *maravedis* 36ŋ729. ducados, parece averseIe quedado â deber dinero â dicho Principe. Fuera de q̃ por la carta de pago de 26. de Septiembre de 644. (de q̃ se haze expression al fol. 99. de el Memorial) lo que el Padre Pedro Angel Surgento cobrò como apoderado de el Principe de Paterno fueron 25ŋ535. ducados, y no los 13. *quentos,* que pretende el Estado segun alegò: pues â no ser asi, no se le huvieran mandado pagar, ni cobrado Don Andrès de Sandoval, Administrador de este Concurso 25ŋ400. reales de vellon, inclu-

so

so el premio; conque se ha de quedar, en que, lo que cobrò el Principe, fueron vnicamente los dichos 25U535. ducados.

61. Y â mas de que no constan las fianzas, tampoco se ha averiguado, porque titulo cobrò, pues es constante era Acreedor como successor en el Estado: y el 1.q. 827U185. maravedis no son bienes de el Duque Don Fernando, que baxados de lo cobrado, queda en 20U649. ducados. Y si, sin embargo de la contradiccion de el Administrador de este Concurso, se le mandaron pagar al Principe tan crecidos creditos de funeral, y demàs, aun quedò Acreedor â los bienes de el Duque Don Fernando. Y para estar hecha legitima excussion en lo que â este se le mandò hazer pago en el concurso de el Duque de Cardona hasta el dia de su muerte, bastò la contradiccion de el Administrador, y que sin embargo de ella se le mandasse cobrar, y cobrasse dicho Principe.

62. Bastabale â el Marquès, para tener hecha la excussion, el Concurso, que contra el Duque de Cardona avia, y â que era Acreedor el Duque Don Eernando por la dificultad de cobrar: *Quia paria sunt non esse solvendo facultatibus, vel difficilem conveniendi.* Vt est textus capitalis *in leg. 2. ff. Qui satis dare cogantur.* ibi: *Fideiussor in iudicio sistendi causa iubetur dari, non tantùm ex facultatibus, sed etiám ex conveniendi facilitate.* Con todas las doctrinas comunes para este caso, de quibus mentionem fecit D. Salgad. 1. *part. Labyrint. cap.* 23. *â princip.* Pero porque el Estado ha querido evacuar esta regla, y passarse, â que ni fue dificultosa la cobranza por el Concurso, ni que esta se dexò de hazer por el Principe de Paterno; serà preciso, quamvìs breviter, tocar la insolvencia de el Concurso.

63. Y siendo, como es constante, aver salido â èl Don Andrès de Sandoval, Administrador de el de el Duque Don Fernando, como queda dicho; y que sin embargo de su contradiccion, se le mandaron hazer pago â dicho Principe por el Señor D. Fernando Pizarro, Juez de aquellos Autos, las cantidades, que quedan referidas; no puede negarse, que con esto quedò hecha legitima excussion: pues nada mas comun, que *excussio facta ad instantiam vnius creditoris pro-*

sit,

ſit, vel noceat omnibus. vt cum Noguerol. *Allegat.* 29. *num.* 165. tenet D. Salgad. *dict.* 1. *part.* & *cap.* 23. *Labyrint.* â *num.* 22. con los muchos caſos, que â paritate trae, y authoridades multiplicadas, conque haſta el num. 35. exorna eſtà regla.

64. Y porque no ſe dude de là juriſdiccion, y facultad de el dicho Don Andrès de Sandoval, ſerà preciſo la aclare el Señor Salgado; quien tratando eſte punto en la 1. *part. de el Laberynt. cap.* 13. y dando diferencia entre Adminiſtrador de Concurſo, que paſſa ante Juez inferior, â el que eſtà pendiente en el Tribunal ſuperior, reſuelve, y concluye al num. 54. que â eſte *pro faciliori exitu datur iuriſdictio ad exigenda debita ſine novo ſalario, aut expenſis.* circunſtancia, de que carece el primero, por no teñer los Juezes Ordinarios aquella graviſsima ſeperior authoridad, y mageſtad, que en los Tribunales ſuperiores reſide; & *hoc iure vtimur, & quotidiano ſtylo,* concluye dicho Sr. Salgado num. 55.

65. Conque, ſi dicho Don Andrès era Adminiſtrador nombrado por V. S. y como tal ſaliò â aquel Concurſo, y ſin embargo de ſu contradiccion cobrò el Principe; eſta diligencia aprovecha tanto â el Marquès, para que la excuſſion ſe tenga por bien hecha, que no dexa la menor duda; pues, aunque el Marquès huviera ſalido, le huviera ſuccedido lo miſmo: *Quia regulare eſt, quòd periculum, vel interitus rei non imputetur moroſo, ſi res, quamvis diligens fuiſſet, eodem modo peritura eſſet.* Vt cum plurimis in materia D.Olea. *tit.* 7. *quæſt.* 3. *num.* 40. y mucho mas, por ſer vnos creditos tan privilegiados, los que deduxo el Principe, como de ellos miſmos ſe manifieſta, y lo alegò al folio 78. numero 67. de el Memorial.

66. Eſta fue la razon, porque, aunque contradixo el Eſtado la venta de eſte credito, ſe mandò ſalieſſe al pregon, ſin que huvieſſe quien lo puſieſſe, y por cuyo defecto intentò el Marquès el recurſo contra los frutos, y rentas de el Eſtado como fiador; lo que pudo, y debiò hazer ſegun la doctrina de Antonio Gom. *lib.* 2. *Var. cap.* 13. *num.* 15. con los muchos, que juntò Aillon, y con quien ſe conforma Caldas Pereyra *de Emption.* & *vendit. cap.* 33. *num* 32. y aunque

por

por el Estado se pretendiò, que el Marquès recibiesse este credito, lo resistiò justamente, por el perjuycio, que se le seguia, fundado en la decision de el Iurisconsulto Paulo *in leg. 99. ff. de Solution.* vbi Paulus respondit: *Creditorem non esse cogendum in alia forma nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit.* la que dize ser verdadera, y por tal sigue Caldas Pereyr. *loc. & num. prox. citat.*

67. Postremò opuso el Estado, deberse tener por mas caudal 13.q. 582U359. *maravedis*, que dixo, aver cobrado dicho Principe de Paterno de los frutos de el Estado de el tiempo, que lo posseyò el Duque Don Fernando, â quien pertenecieron; y â cuya restitucion en su ausencia, y substanciandose con el defensor, fue condenado el año de 640. de que se haze mencion al fol. 27. de el Memorial.

68. Y suponiendo que, lo que en realidad parece ave cobrado dicho Principe, fueron solamente 3.q. 515U206. *maravedis*, como constò por certificacion, de que hizo mencion el Estado fol. 85. de el Memorial, quando fuesse cierto el percibo de todos los 13. *quentos*, tampoco este era caudal efectivo; porque, si condenado el Principe, no pudo en diez años cobrar el Administrador de este Concurso cosa alguna, y con el dictamen de el Licenciando Embrun Lancia, Abogado, que fue, en esta Real Audiencia, se separò de proseguir en las diligencias, por aver de salir infructuosas, y de esto diò quenta â V. S. quien mandò dar traslado â todos los interesados, sin que ninguno respondiesse cosa alguna, y consta de el Memorial fol. 28. y 29. era escusado, que el Marquès siguiesse estas diligencias, quando le bastaban las de el Administrador. Fuera de que, hallandose el Principe ausente de estos Reynos, no debiò practicar diligencias fuera de èl, vt firmat Cardinalis de Luca *de Donation. Discurs. 45. num. 10. & de Dote. Dicurs. 145. & præter eum* todos, los que recopilò D. Salgad. 1. *part. Labyrint. dict. cap. 23. n. 15. y 16.*

)¶(*)¶(*)¶(*)¶(*)¶(*)¶(
)¶(*)¶(*)¶(*)¶(*)¶(
)¶(*)¶(*)¶(*)¶(
)¶(*)¶(*)¶(

ARTICVLO III.

69. OFreciò el Marquès probar en este Articulo lo legitimo de la excusion, para que en quanto â la cantidad, porque se proveyò el Auto de execucion de 6. de Noviembre de 671. fol. 86. de el Memorial, se confirme, sin embargo de las razones antes, y despues de este Auto alegadas por el Estado, ê instrumentos, que para algunas partidas, de las que opuso, y su justificacion, presentò.

70. Y consistiendo esta execucion en la executoria de V. S. fol. 46. y 48. de el Memorial, no pueden, ni deben embarazarla las excepciones, que despues de ella se opusieron por el Estado, por ser las mismas, que se alegaron, y tuvieron presentes por V. S. para pronunciar dicha executoria: Y aunque en el Memorial estàn referidas, sin embargo, para mayor claridad, ê inteligencia de el punto de Derecho, se harà mencion de ellas; porque, lo que por aora pretende demonstrar el Marquès, es solo sobre este punto, para despues passar â otros, en que no concurre la misma, sino diversa razon.

71. Las partidas son 45ӹ. ducados de la mitad de la dote de la Marquesa de Molina, hija de la Duquesa Doña Beatrìz: La mitad de 154ӹ056. *reales de vellon*, que la misma diò â su hija: 12ӹ. ducados, que por dote inoficiosa restituyò el Duque Don Fernando: 41ӹ. *reales*, que la Duquesa Doña Beatrìz recibiò de el valor de los muebles de su Marido: 8ӹ. pesos de vna letra, que cobrò dicha Duquesa: cantidad de dinero, y otros bienes muebles recibidos en Genova: 2ӹ. ducados, y 80ӹ. *reales de vellon*, que se pagaron â Doña Mayor Vallejo, por cabeza de dicha Duquesa: 4ӹ016. ducados de plata, que cobrò por la misma causa el Patronato de Doña Maria de Espinosa: y 2ӹ. ducados, que percibiò el Marquès de el producto de la libreria. Estas son todas las partidas alegadas.

72. Y aunque la vltima de 2ӹ. ducados de la libreria le està rebaxada al Marquès, de todas las otras no ay que hablar,

blar, para embarazar la execucion, por estar juzgadas, y como tales las annotò el Relator al margen de el fol. 68. en tanto grado, que aunque estas para su abono, y que no se entienda la execucion por su importe, se huviessen presentado instrumentos legitimos por el Estado; no obstante, la executoria de V. S. no podia, ni debia infringirse, ni la provision de execucion suspenderse.

73. Es esto tan comun, que, recurriendo al Derecho antiguo, lo hallamos decidido en la resolucion de los Emperadores Antonino, y Severo *in leg. Imperatores.* 35. *ff. de Re iudicat.* donde *sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minimè oportet*. Cui consonat *lex. Cùm de hoc.* 27. *ff. de Except. rei iudic.* Y por Derecho nuevo està el texto *in leg.* 4. *Cod. de Re iudic.* donde el Emperador Godiano dixo, que *sub specie novorum instrumentorum posteà repertorum res iudicatas restaurari, exemplo grave sit*.

74. Por Derecho de las partidas es terminante la *Ley* 19. *tit.* 22. *part.* 3. ibi: *Otrosi dezimos, que non se puede desfazer el juycio, despues que fuere dado, si non se alzare de èl: maguer mostrassen despues cartas, ò privilegios, que oviessen fallado de nuevo, que fuessen â tales, que si el judgador las oviesse vistas, ante que el juycio diesse, que judgara de otra manera.* Con lo que glossò el Sr. Gregorio Lopez. No estando en las dos limitaciones: La primera, *Si ex novis instrumentis præteritus dolus arguatur*, que nace de la ley *Sub prætextu.* 19. *Cod. de Transac.* y la segunda, *In causa publica, vel Fiscali.* de quibus latam mentionem fecit Valeron *de Transaction. tit. 6. quæst.* 3. *num.* 13. & 15. y â que se añade, fuera de los que este cita, â Gonzalez *in cap.* 1. *de Transaction. num.* 10. *versic. Augetur secundò.* & *num.* 13. *circa finem.*

75. Pero, porque no ha faltado quien, sin embargo de tan claras disposiciones, aya querido poner duda en la certeza de esta resolucion, por la que dà la ley de el Reyno 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* en que parece, que lo que excluye la rescision, son la nulidad, y restitucion, y no otras, como son la transaccion, solucion, &c. cuya duda tocò Carrasco *in Tract. an habeat locum restitutio contra sententiam?* resolviendo, que estas de equidad infringen la executoria, cuius opinio-

ni acquiescit Pareja *in Addition. quæ extant post tractatum de Editione instrum. ad tom. 1. pag.* 253. de quibus, & aliis AA. meminit Valeron *loc. cit. num.* 17. y 18. no obstante, el Sr. Salgad. 3. *part. Labyrint. cap.* 1. *num.* 168. tocando este mismo punto, resuelve muy al proposito de el nuestro, llevando, que no puede suspenderse la execucion de la cosa juzgada por los nuevos instrumentos, teniendo su remedio, el que los presentò, y vsando de èl despues, que la execucion fuere hecha.

76. No se funda esto menos, que en la expressa disposicion de la *ley* 3. *eodem. tit.* 17. *& lib.* 4. ibi: *Cada, y quando, que algun pleyto fuere determinado en la mi Audiencia, por sentencia dada en grado de revista, sea luego tal sentencia executada, y llevada â execucion con efecto en todo, y por todo; no embargante qualquier oposicion, ô excepcion de qualquier natura, que sea, que la parte, contra quien fue dada, opusiere, dixere, ô alegare en qualquiera manera: y fecha la dicha execucion, quede â salvo todo su Derecho â la parte, si lo tuviere, para que despues lo alegue, y ponga en la dicha mi Audiencia, quando, y como deba. Y que los Oydores, hecha la dicha execucion, le hagan cumplimiento de justicia.* Cuya decision llevò tambien Pareja referido por el Sr. Salgado *loc. prox. citat.*

77. Ex his igitur fundamentis omni iure fulcitis, si aunque el Estado, que en ambas instancias sobre la execucion ha insistido en estas alegaciones, y para justificarlas presentasse instrumentos, le obstaba la executoria, y con ellos no podia, ni debia embarazar la provision de execucion; què diremos, quando tales instrumentos no ay? Sin duda, avrà de confessar â maioritate rationis, obstarle la cosa juzgada, por las disposiciones vulgares de Derecho, y que por tales se omiten.

78. Sino es q̃ diga, (q̃ nunca podrà) aver avido en los antecessores Posseedores de su casa negligencia, colusion, ô menor defensa en la exposicion, y alegacion de estas partidas, no debiendo como actual posseedor seguir la buena fee de los Antecessores; porque â todo esto responden los mismos, Autos, q̃ son, los q̃ mejor comprueban, si concurrieron qualquiera de estos defectos, en los quales se halla alegado todo, quanto despues con repeticion se dixo; porque aun en ter-

mi-

minos de mayorazgo obſta â los ſucceſſores la coſa juzgada, que contra los Anteceſſores huvo, recopilando todos los Authores de eſte punto Pegas *Reſolut. forenſ. cap. 4. per totum*, & præcipuè â *num.* 83. *ad* 88. porque ſe eſcuſa cumular de autoridades, quedando ſeguramente comprobado, que la execucion es conforme; ſin embargo de eſtas excepciones.

79. Lo miſmo debe practicarſe, por lo que mirò â la legitimacion de la perſona, y Derecho de el Marquès, y ſubſtanciacion legitima, y baſtante con el Eſtado antes de la executoria, por lo que ſobre eſte punto queda fundado en el primer Articulo de eſte Manifieſto, por cuyo motivo ſe omite ſu repeticion: Debiendoſe entender lo miſmo, por lo que mira, â eſtar hecha legitima excuſsion en los bienes libres, por lo que queda fundado, para que no aya, como ſegun Derecho no ay, la menor duda en lo legitimo de la proviſion de execucion, y que ſe confirme.

80. Sed his non obſtantibus inſiſte el Eſtado, en que ſe ſupla, y emmiende, oponiendo vna excepcion no alegada antes de la executoria, la que mira â la naturaleza de la execucion miſma; y ſegun la pondera, parece ſer admiſible, aun ſegun la eſtrecha naturaleza de el juycio.

81. Conſiſte eſta, en que aviendoſe alegado por parte de el Eſtado, y conſta al fol. 69. de el Memorial, que los frutos, que percibiò el Principe de Paterno, mientras viviò Doña Maria Enriquez ſu muger, ſucceſſora, que fue en èl, eſtaban obligados, y que como tales ſe debia primeramente hazer excuſsion en ellos, y que con efecto los avia reſtituido por muerte de ſu muger dicho Principe â la Duqueſa Doña Beatrìz como ſu heredera.

82. Reſpondioſe por parte de el Marquès fol. 72. de el Memorial, no tener fundamento eſta pretenſion, por no aver cobrado coſa alguna por eſte titulo la Duqueſa; ſin embargo de el teſtimonio preſentado por el Eſtado de pleyto ſeguido ante la Juſticia Real de eſta Ciudad por dicha Duqueſa contra el Principe, de que ſe haze mencion al fol. 74. de el Memorial; en que conſta, aver aſſegurado la Duqueſa, ſer heredera de la Doña Maria Enriquez, y de Do-

ña

ña Juana con beneficio de inventario; y que para liquidar los frutos, y rentas de aquel tiempo, pidiò se le diessen certificaciones, constando por ellas, aver valido los frutos de el Estado en los dos años, que lo posseyò la dicha Doña Maria, mas de 59. *quentos de maravedis* extra del trigo, zebada, y otras semillas.

83. Esforzò su negacion la parte de el Marquès al fol. 82. de el Memorial, conque dichos frutos no constaba, los huviesse percebido la Duquesa Doña Beatrìz; como ni tampoco, los que avian quedado por cobrar por muerte de su hija; porque no se aplicaban bien â la paga de su dote. Y aunque por el Estado fol. 88. de el Memorial se bolviò â insistir, sobre que de estos frutos se debia hazer la cobranza, por aver deducido esta pretension la Duquesa, compuestose, y transigidose con el Principe su Yerno en 20ꝟ. *excudos Romanos*, que valìan mas de 40ꝟ. ducados de la moneda de estos Reynos, lo que asegurò con la escritura de transaccion presentada al fol. 92. de el Mem. su fecha en 6. de Febrero de 640.

84. Lo que de ella consta, es, averse transigido las pretensiones de la Duquesa por su dote, arras, y restitucion de frutos, ê intereses de la Princesa de Paterno su hija, con las que tenia el Principe, que se dezia Acreedor en 30ꝟ. excudos, que â la Duquesa avia prestado por muerte de el Duque su Marido, y por otros respectos en los 20ꝟ. *excudos Romanos de â 10. Julios*; reservando ambos sus Derechos, por razon de lo que se les debia, y debian cobrar de los bienes de el Duque Don Fernando, assi de el mayorazgo, y sus frutos, como de los libres, que se hallassen en esta Ciudad; diziendose aver intervenido, solo para autorizar esta escritura, el Marquès de Castel-Rodrigo, entonzes Embaxador de la Corte Romana.

85. Juntamente presentò el Estado folio 93. de el Memorial testimonio de el pleyto executivo, que en Madrid se siguiò en 5. de Marzo de 646. por el Marquès Don Manuel, como heredero de la Duquesa su hermana, quien lo fue de su hija Doña Maria Enriquez, Princesa de Paterno, por 57ꝟ266. ducados de plata doble, los 20ꝟ266. moneda de

Na-

Napoles, de que conftaba por recibo de dote: Los 10ꝟ. de las arras, y los 27ꝟ. reftantes, que importaban los 9. años, que la Doña Maria avia eftado cafada con el Principe â razon de 30ꝟ. ducados en cada vno, que le avia mandado para gaftos de fu recamara; cuyos derechos avian recaido en la Duquefa Doña Beatrìz: y que aviendofe fubftanciado el pleyto con vn defenfor, por eftar aufente de eftos Reynos el Principe, huvo fentencia de remate por los 20ꝟ. ducados de plata de la dote, y por los 10ꝟ. de las arras; concediendofele al defenfor quatro mefes de termino, para que por los 27ꝟ. ducados de gaftos de recamara confultaffe al Principe.

86. A cuyos inftrumentos, y alegatos fe refpondiò por parte de el Marquès, no fer de el cafo, por no aver confufion de acciones, entre pedir como fucceffor en fu cafa, y mayorazgo de Caftel-Rodrigo, â vfar de el medio de heredero de la Duquefa Doña Beatrìz; en cuyo fupuefto dicha tranfaccion (quando fueffe cierta) no fue por razon de la dote, que huvieffe percebido la Duquefa; fino por otras pretenfiones, como fueron los alimentos, que el Principe debiò dar â fu muger, arras, y aumento de dote, que le ofreciò; y que por efto fe avia hecho fin perjuycio de el Derecho, que la Duquefa tenia por sì por fu dote contra bienes de el Duque Don Fernando, y en el que avia fuccedido el Marquès, como fu heredero.

87. Afsi mifmo por parte de el Eftado fe prefentò teftimonio de otra tranfaccion otorgada en Madrid en 14. de Mayo de 673. (y confta al fol. 98. de el Memorial) entre Don Francifco de Moura, y Corte Real, Marquès de Caftel-Rodrigo, como hijo, y heredero del Marquès Don Manuel fu Padre, quien lo fue de la Duquefa Doña Beatrìz fu hermana de la vna parte, y de la otra, la Marquefa de los Veles, en virtud del poder de Don Fernando de Aragon, Duque de Montalto, hijo de dicho Principe de Paterno, Cardenal defuncto, y por los bienes de efte el Licenciado Don Pedro Hernandez Miñano, Fifcal en el Confejo Real de Hazienda; en que haziendo relacion de la tranfaccion hecha en Roma el año de 40. y de el pleyto executivo, que fe figuiò

en

en Madrid, segun se ha referido; y alegandose por ambas partes diferentes razones, y por la de el Marquès, no averse pagado por el Principe Cardenal los 20ꝗ. excudos Romanos, â que se avia obligado, cuyo pleyto estaba pendiente; y apartandose de èl: acordaron, que dicho Marquès aprobasse la transaccion de Roma, y confessasse, aver recibido los 20ꝗ. excudos Romanos de los bienes de dicho Principe Cardenal; y desistiesse de los demàs intereses; que podia pretender; renunciandolos en dicho Duque de Montalto, como heredero de dicho Principe Cardenal.

88. Con estos instrumentos insistiò el Estado, en lo que tenia alegado en el punto de la excussion, y que los 20ꝗ. excudos Romanos, contenidos en dicho instrumento, eran excutibles; como la herencia, y caudal de el Principe Cardenal, para poderse cobrar todas las partidas, que se pedian.

89. Por parte de el Marquès se respondiò, no obstarle dicha transaccion nuevamente otorgada; debiendose distinguir de acciones, y formalidades; siendo muy distinta la representacion; como heredero de la Duquesa Doña Beatrìz su Tia; por el Derecho, que tenia, contra el Duque Don Fernando su Marido, por su dote, y arras, â la representacion, que hazia por su casa; y mayorazgo, mediante la agregacion de los 40ꝗ. ducados: Y que la transaccion avia sido por la accion, que le competia por cabeza de su prima Doña Maria de Rivera, hija de la Duquesa Doña Beatrìz, y muger, que fue, de dicho Principe Cardenal; por el recibo de su dote, y demàs derechos, porque avian sido executados los bienes de dicho Duque.

90. Ha sido preciso, traer â la memoria todo este hecho de el Memorial, mediante ser esta la vnica mas vigorosa excepcion opuesta por el Estado, y la que parece se apreciò mas al tiempo de la vista; sobre confirmar, ô revocar el auto de execucion; y antecedentemente quando se recibiò â prueba con el termino ordinario, y por el Estado se pidiò el de seis meses para la Corte Romana, y se reservò para definitiva.

91. Para cuya inteligencia es muy conveniente dividir

las acciones; porque â el Marquès se le ha de contemplar como mero Acreedor por su casa, y mayorazgo, interesado en 50ꝟ. ducados, y sus reditos, contra bienes libres de el Duque Don Fernando, y en su defecto contra los de el Estado por los 40ꝟ. y asi consta de la sentencia de graduacion.

92. Tambien se le ha de mirar con la formalidad de heredero de la Duquesa Doña Beatrìz, â quien en dicha sentencia se le diò grado solo contra los bienes libres, sin recurso contra los de el Estado, por otros 50ꝟ. ducados, baxadas las partidas, que contiene la sentencia; y asi mismo como heredero por los 10ꝟ. ducados de las arras contra los bienes libres, y en su defecto, contra los de el Estado.

93. Igualmente se le debe tener por Acreedor como heredero de la dicha Duquesa Doña Beatrìz, quien lo fue de su hija Doña Maria, por la dote, arras, y demàs Derechos, que esta huvo de el dicho Principe de Paterno, su Marido, por la obligacion, que este contraxo â su favor por las Capitulaciones matrimoniales, y escritura dotal.

PRIMERO MEDIO.

94. Ad primam partem distinctionis deveniendo, quedò fundado suprà §. 39. el Derecho, que â el Marquès por su mayorazgo se le adquiriò, por las Capitulaciones matrimoniales de la Duquesa Doña Beatrìz para los 50ꝟ. ducados, el que se perfeccionò antes de su muerte, por averse muerto sus hijos, y tambien por hallarse incapaz de tenerlos por su edad; y aora se añade, que este Derecho fue tan separable de el de la Duquesa Doña Beatrìz, que ninguna connexion tiene vno con otro; motivo porque ambos salieron al pleyto, pidiendo cada vno por su interese, y en la executoria lo tuvo asi presente V. S. pues, aunque en vn mismo grado se le mandò pagar, fue con separacion en el modo, y en la substancia: En el modo, porque la sentencia habla con cada vno de por sì: Y en la substancia, porque al Marquès se le mandan pagar los 50ꝟ. ducados con los reditos contra los bienes libres de el Duque Don Fernando, y no aviendo, para los 40ꝟ. contra los de el Estado. Y â la

Du-

Duquesa solo en los bienes libres el resto de los 50y. rebaxadas las partidas, sin recurso â los bienes de el Estado; aunque si en los 10y. ducados de las arras, que hasta entonces se le contemplò Acreedora, pues estos vinieron por otro titulo despues al Marquès.

95. Y para que no se dude (sin embargo de la superior autoridad de la executoria) de el firme separado Derecho de el Marquès, respecto de el de la Duquesa, aunque por Derecho comun fue questionable, si el Derecho adquirido al tercero pudiera deducirlo sin cesion de acciones; oy por la ley 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Rocop.* que despreciò las formalidades en las estipulaciones, que tanto se atendian, no solo puede pedir en juycio ordinario, sino executivamente sin cesion de acciones, vt ex D. Salgad. Velasco *de Privileg.* Gutierr. *de Iuram. Confirm.* 1. *part. cap.* 68. *& Pacticar. lib.* 3. *quæst.* 97. *& lib.* 4. *quæst.* 68. Anton. Gom. *lib.* 2. *Var. cap.* 2. D. Vela *Dissert.* 27. *â num.* 14. & aliis tenet, & defendit D. Olea *de Cession. tit.* 4. *quæst.* 9. *num.* 37. moviendo la question desde el 28. ad finem quæstionis.

96. Conque, mirando esta excepcion, â que sea paga, que se le hizo â la Duquesa Doña Beatrìz (quando fuesse cierto su recibo, que no lo es, & infra dicetur) siendo igualmente Acreedora por los 50y. ducados, y sus reditos, con independencia de el credito de el Marquès, cobrò bien en fuerza de la executoria, sin que el Marquès pudiesse embarazarselo.

97. Y aunque se alega por el Estado, estar confusas las acciones por la acceptacion de la herencia de la dicha Doña Beatrìz, que ha recaido en el Marquès, no ay que detenerse en este punto, por lo comunes que son las doctrinas, en orden â que, el Acreedor heredero con beneficio de inventario de su deudor conserva su Derecho indemne, vt plena manu D. Salgad. 1. *part. Labyrint. cap.* 9. *â num.* 29. *ad* 44. cum AA. ab eo congestis, y de cuyo punto nadie ha dudado, sin embargo de las resoluciones de los textos in *leg. Debitori. Cod. de Pact. leg. Sticum.* §. *Aditio. ff. de Solut. leg. Cùm secundum. Cod. de Fideicom.* Si â el heredero, ô â otro tercero de semejante acceptacion se le sigue perjuycio, no procede

la

la confusion de acciones; lo que tuvo presente el mismo Sr. Salgad. 2. *part. Labyrint. cap.* 7. donde trayendo los referidos tres textos *num.* 35. limita su resolucion al numero 36. in hunc modum: *Tamen hæc regula limitatur, quando ex actionum confusione fieret ipsi hæredi, creditori, vel etiam tertio præiudicium, quia ius suum remanet præservatum, & confusio impeditur aditione hæreditatis non obstante*, lo que repite 3. *part. Labyrint. cap.* 2. *num.* 131. con Mangilio *de Eviction. quæst.* 99. *per totam.*

SEGVNDO MEDIO.

98. Evacuado el primero medio; llega el caso de tocar el segundo, en que à el Marquès se le contempla heredero de la Duquesa Doña Beatrìz, por cuyo titulo le toca el credito, porque se le diò grado del resto de la dote, y por los 10ʒ. ducados de las arras; conque es preciso responder como tal â la excepcion opuesta por el Estado.

99. Y haziendolo, es conveniente, por lo que resulta de el Mem. negar, cobrasse cosa alguna; pues aunque antes de la executoria por el Estado se alegaron diferentes cobranzas, que avia hecho de los bienes, y rentas, que por muerte de su Marido avian quedado; llegando V. S. â graduarla, le mandò baxar diferentes porciones, quedando su credito sin los reditos reducido â 17ʒ. ducados, y con ellos â 33ʒ189. ducados 9. reales y 13. maravedis de vellon hasta Agosto de 652. segun la liquidacion hecha por el Relator fol. 50. de el Memorial, sin los que despues han corrido: conque bolver â insistir en las mismas, y en las que por la executoria se despreciaron, es no querer el Estado conformarse con ella; pues como queda fundado, ni aun con el pretexto de nuevos instrumentos puede invertirse lo vna vez decidido, â efecto de suspender la execucion legitimamente fundada.

100. Y reduciendo todos los bienes libres de el Duque Don Fernando, no hallamos otros, que la escritura, y credito contra el Duque de Cardona, y los frutos de el Estado, que cobrò el Principe de Paterno, successor por su muger de el tiempo de su Suegro, devengados hasta el dia de su

muer-

muerte; porque de los demàs bienes ya se le hizo cargo â la Duquesa Doña Beatrìz en la sentencia. Y por lo que mira â el credito contra el Duque de Cardona, ya queda dicho, como se resolviò este; porque si cobrò el Principe de Paterno 25U535. ducados, de que se presentò carta de pago, y se haze relacion al folio 99. y dicho Principe fue mandado pagar por Auto de mucha mas porcion, que avia suplido, como tambien queda dicho, es visto quedar evacuada esta partida.

101. Y por lo tocante â la de los frutos, sin embargo de que el Estado dixo, y acceptò, aver sido 13. *quentos* 582U359. *maravedis*, por lo que resultò de la liquidacion fol. 28. despues al fol. 85. por certificacion, que presentò, constò aver sido solos 3. *quentos* 515U206. los que debiò restituir: conque en substancia no ay mas, que esta cantidad de bienes libres; y para esto se debe contemplar el Principe Acreedor, por lo que supliò por su Suegro; y como quiera que el Estado lo contemple, esta excepcion es dudosa, y como tal no puede impedir el ingresso de la via executiva, que es el punto, sobre que oy se sufre el pleyto.

TERCERO MEDIO.

102. Pero porque parece aver dissonancia grande al fin de la excusion, cobrar el Marquès el año de 73. los 20U. *excudos Romanos* de el heredero, y Albacea de el Principe, y alegarse, no aver avido facilidad, de aver excutido sus bienes, sobre la cobranza de las partidas, que se dixo debia, ausencia de estos Reynos, y demàs, es preciso satisfazer esta replica; y para hazerlo, entramos en el tercero, y vltimo medio de la distincion, en que la formalidad de el Marquès fue como heredero de la Duquesa, quien lo fue de su hija, muger de dicho Principe por la obligacion particular, que este avia contraido por la dote, arras, y demàs, que avia prometido â su muger, que asi expressamente se explicò en la transaccion, de que se haze mencion al fol. 92. de el año de 640. enunciò en el pleyto executivo, que se siguiò por la Duquesa Doña Beatrìz, y se contuvo en el instrumento, que

el

el Marquès otorgò en 14. de Mayo de 673. y consta al fol. 98. de el Memorial, en que expressamente *se desiste de el Derecho, que pueda tener contra los bienes de dicho Principe, por razon de la dote de la dicha Duquesa Doña Maria de Rivera, arras, y gastos de camara, que se le ofrecieron, y los intereses, cambios, y recambios de dichas partidas.* Quedando reservadas las pretensiones de las partes por razon de lo que se les debia, y debian cobrar de los bienes de el Duque Don Fernando, tanto los libres, quanto los de el mayorazgo, como consta al dicho fol. 92.

103. Y assi, aunque sea regular por la disposicion de las leyes. 1. *cum seqq. leg. Cùm ex pluribus. ff. de Solution. & leg. 1. Cod. eod.* cum vulgatis, que quando por dos causas ay deuda, y se haze paga, se ha de aplicar â la mas dura, y que assi debian averse aplicado estos 20ꝟ. *excudos Romanos* â favor de la deuda, porque el Estado es fiador; esto no procede, quando expressamente se aplicò la paga â debito determinado, como en nuestro caso, que fue por la dote, arras, ê intereses, que debia el Principe por obligacion suya, y por esto mas propria, como es expresso de la ley 10. *tit.* 14. *part.* 5. y por comun la llevan, los que citò el Sr. Valenzuela Velasq. *consil.* 21. *num.* 64. & meliùs *consil.* 78. *â num.* 10. *ad* 23. conque queda evacuada evidentemente esta excepcion.

104. Y à la instancia, que aun se puede hazer (sin embargo de lo hasta â qui discurrido) sobre que, assi como no huvo dificultad, para cobrar de el Principe de Paterno, lo que este debia por la dote de su muger, de la misma forma no la avia, para convenir â su heredero, y Albacea, por lo que por el Estado se dize, debia â este concurso; es facil la solucion, si se atiende, que para el credito de la dote, arras, y demàs derechos, que se transigieron, avia vn Derecho clarissimo, ê indisputable, por fundarse en el mismo instrumento dotal, donde solo los gastos de la recamara importaron en los 9. años 27ꝟ. ducados, y la dote mas de 20ꝟ. con mas 10ꝟ. de las arras; y no es mucho, que mas de 57ꝟ. ducados, inclusos los cambios, y recambios por la retardacion, se transigiessen por los 20ꝟ. *excudos Romanos*, que es mucho menos.

105. Lo que no ſuccede con los otros debitos, por tener el Principe â ſu favor el auto de el Sr. Pizarro, que para revocarſe, y diſputar los creditos, que deduxo dicho Principe, â mas de tenerſe por materia impoſible vencerlos, en todo acontecimiento no puede negarſe lo dilatado, coſtoſo, y dudoſo; y el Marquès no eſtà obligado â eſto, vt probatum manet: â que ſe llega, que ſi en vna materia tan clara, como la reſtitucion de la dote, para percibir algo de los bienes de el Principe, fue meneſter vna tranſaccion, perdiendo mucho; ſi ſe tocàra en eſte punto, vſara ſu heredero, y Albacea de la reſerva pueſta en la eſcritura de tranſaccion con la Duqueſa Doña Beatrìz, y fuera muy largo el litigio, que el Eſtado, ſi quiſiere, podrà ſeguir.

106. Y de qualquier modo, que ſe conſidere, ſiendo heredero el Marquès de la Duqueſa Doña Beatrìz, y ſuccediendo en ſu Derecho, porque fue graduada; aunque todos los bienes de eſte concurſo ſe le aplicaſſen, no quedaba pagada; y aſsi ſe notò por el Relator num. 70. fol. 83. de el Memorial: y en eſte ſupueſto, queda deſcubierto el credito, que por ſu caſa, y mayorazgo tiene; y porque en cantidad de 47U388. ducados, y 8. reales de vellon ſe mandò deſpachar la proviſion de execucion contra los frutos, y rentas de el Eſtado, debiendoſe confirmar eſta providencia.

ARTICVLO IV.

107. LVego que cayò la executoria, en que â el Marquès, y â la Duqueſa ſe les mandaron pagar ſus creditos con los reditos, y luego, que ſe hizo liquidacion de los reditos, que â el Marquès tocaban, y por otra executoria ſe aprobò, ſaliò pidiendo pago, por eſtar ya ſatisfecho el Duque como Acreedor por principal, y reditos, y conſta al fol. 51. que bolviò â repetir al fol. 64. de el Memorial: ſin que por el Eſtado en eſte punto de reditos ſe hizieſſe mencion alguna, contentandoſe ſolo con las alegaciones en lo principal. Y viſtos los Autos por V. S. por el proveido en 6. de Noviembre de 671. fol. 86. de el Memorial, mandò deſpachar la proviſion de execucion por los di-

chos

chos 47U388. ducados y 8. reales de vellon, denegandola por lo tocante â los reditos.

108. Y aunque de esta providencia se pretendiò por el Antecessor al Marquès actual la confirmacion en lo favorable, porque tacitamente supliò, en lo que le era perjudicial, vt probatur â paritate ex doctrina D.Salgad. *de Supplicat. part. 2. cap. 31. â num. 99.* & precipuè *num.* 101. *&* 102. oy por el Marquès actual fol. 101. de el Memorial por su particular interese, y por mejor dezir, por el de su casa, y mayorazgo, expressamente se suplicò de la referida qualidad, pretendiendo, se supla, y emmiende, y que la provision de execucion sea tambien por los reditos; para cuya pretension se le contempla Derecho, quando en sus Antecessores huviesse avido omission en no averla deducido expressamente. Y mucho mas, quando Doña Leonor de Moura previno, que todo, lo que de este pleyto resultasse, quedasse vinculado para el mayorazgo de Castel-Rodrigo, y consta al fol. 102.

109. Hoc supposito, para la reformacion de esta providencia, y teniendo presentes las Capitulaciones matrimoniales, facultad Real, y obligacion, que con ella se contraxo para la restitucion de la dote de la Duquesa Doña Beatrìz, y Derecho, que se le siguiò al mayorazgo de Castel-Rodrigo; y que baxo de dicha obligacion se comprehendieron los reditos, ê intereses por la retardacion de el entrego, y por cuyo hecho tanta menos renta ha tenido el mayorazgo de Castel-Rodrigo, y tanto mayor perjuycio se le ha causado; es tan comun la question, como favorable â la pretension de el Marquès.

110. Lo comun consiste, en que teniendo origen de el mismo contracto matrimonial, que se perficionò por averse purificado la condicion, que se puso, vt probatum manet; no puede negarse, ser privilegio Real este, que compete para la cobranza por la tacita hypoteca inducta â lege, deducida de la *ley vnica* §. *& vt pleniùs. versic. Sicut enim. Cod. de Rei vxoriæ action.* ibi: *Sicut enim, & stipulationes, & hypothecæ inesse dotibus intelliguntur.* de qua D. Olea *tit. 6. quæst. 2. num. 11. y 12.* cum ab eo congestis, y despues de ellos Bolero *de Decoction. tit. 5. quæst. 8. â num. 1.* escusandose tocar el punto

to de prelacion, por no tenerse por de el caso.

111. Lo particular està, en que por contemplarse desde las Capitulaciones el credito de el mayorazgo de el Marquès, como que provino de vna cesion, que ipso iure le hizo la Duquesa Doña Beatrìz para el caso prevenido, y que se cumpliò; si en virtud de esta cesion absoluta en la substancia se comprehendieron los reditos correspondientes â la quota de dote, que se le diò â el mayorazgo de Castel-Rodrigo con los mismos privilegios, que conservò la Duquesa Doña Beatrìz en la parte, que se reservò.

112. En esta question ay variedad de opiniones, estando por la afirmativa, de que el cesionario de la dote puede pedir los reditos, Juan Bapt. Toro 2. *part. Compend. Decision* Verbo *cessionarius iuris luendi.* Schifordeg. y otros; y por la negativa D. Molina *lib.* 4. *de Primogen. cap.* 5. *num.* 6. Pedro Surdo *consil.* 269. *num.* 29.

113. El Sr. Olea *dict. tit.* 6. *& quæst.* 6. *num.* 35. procurando conciliarlas, dize: que es preciso, averiguar la causa, porque la Viuda pueda pedir las vsuras; si es por algun especial, ô personal favor, ô por razon de lucro cessante, ô damno emergente; de calidad, que no constando de este lucro cessante, ô damno emergente, no le sea licito pedirlas; y que, aunque convengan todos los Authores, como son Carleval, Amato, Giurba, Hermosill. Leotard. y el Señor Larrea, en que no de otra manera son permitidas las vsuras dotales, que en el caso, que la Viuda por la retardacion perdiesse algun lucro, ô tuviesse otro daño; sin embargo, es privilegio, que tienen, pues aun no probado el interese, ô daño, licitamente pueden pedir los reditos, por razon de dote retardada, por las frequentes ventas de annuos reditos. Opinion, que lleva con Noguerol *Allegat.* 17. *artic.* 1. *per totum.* Acosta *de Privileg. regul.* 3. *limit.* 2. *num.* 46. *in fine.* Gutier. *de Delict. quæst.* 91. *num.* 31. *y* 33. Addentes ad D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 6.

114. Con esta inteligencia concluye, en que si en el cessionario, en quien se transfunde la accion de la dote, cessa la razon de pedir vsuras, porque por su retardacion daño alguno se le sigue, ni perdida, por razon de lucro cessante; no

ay duda, en que no pueda pedir los interefes; por faltar en èl la razon, que los juftificaba en la Viuda cedente. *Si verò* (profigue al *num.* 37.) *in cessionario concurreret eadem qualitas, quæ in cedente, quia ex mora in solvendo lucrum amitteret, aut damnum sentiret; crederem eum cedentis iuribus vsurum,* para que cita â Cancerio 3. *part. Variar. cap.* 7. *num.* 46. *& part.* 1. *cap.* 9. *num.* 63. Verfic. *Hoc latè.*

115. Y aunque fegun la mas comun, y verdera opinion, que por tal la lleva Carleval *tit.* 3. *Disp.* 8. *sect.* 4. *num.* 32. *in fine, & sect.* 6. *num.* 105. el Sr. Vela *Dissert.* 35. *â num.* 49. *ad* 53. no fe juftifiquen los reditos, por la frequencia de impoficiones, fino es en el cafo, que in fpecie fe pruebe la ocafion, que huvo, y tambien el animo de emplear el dinero, efto no procede en nueftro cafo, donde defde las Capitulaciones matrimoniales fe deftinaron los 50ꝗ. ducados para el mayorazgo, quien adquiriò vn Derecho irrevocable, y perfecto, defde que la Duquefa Doña Beatrìz, muertos fus hijos, fe incapacitò por fu edad de tener otros, lo que fe acabò de perfeccionar con fu muerte; quedando defde entonces eficazmente obligados los bienes de el Duque Don Fernando, ê in fubfidium los frutos, y rentas de el Eftado; en cuyo cafo el interefe es debido, fin mas necefsidad de juftificar la ocafion de el empleo, ni de interpelacion.

116. Ita in terminis Sabelli *in Summa.* §. *Interesse.* 30. *â num.* 14. ibi: *Interesse debetur per eum, qui ex pacto tenebatur deponere aliquam pecuniæ quantitatem ad effectum illam reinvestiendi bonis stabilibus,* NEQUE IN HOC CASU SUNT NECESSARIA REQUISITA NEC INTERPELLATIO, citando â Graciano *Discept. Forens. cap.* 759. *per totum, & cap.* 392. *num.* 30. y â otros. Y en el *num.* 16. profigue, en que tambien fe debe interefe por el dinero debido por el Suegro al Yerno, *qui ex pacto tenebatur illam reinvestire, cùm pecunia reinvestienda iudicetur, vt species, & debentur fructus vti de specie, non vti de quantitate, eodem modo ac si dos ab initio fuisset constituta in censibus, vel locis montium, ita vt nec requiratur interpellatio.* para que tambien cita â Graciano *cap.* 920. *num.* 26. *& cap.* 941. *num.* 22. *&* 23. *& cap.* 932. *num.* 30. bolviendo â tocar la mifma queftion dicho Sabelli al fin de el num. 24.

117. Y en terminos de lucro cessante D. Mátheu *de Re criminal. controvers.* 40. y que el Acreedor sea solitus negotiari, lo limita desde el num. 92. â las personas de distincion, â las quales no se les quita el lucro, porque no exerzan la negociacion; y al num. 93. prosequitur sic: *Quòd autem pecunia destinata fuisset ad negotiationem, ita intelligendam puto; vt habeatur in via, & vera, ac reali habitudine ad lucrum, qualis est ea, quæ prævia animi destinatione per aliquem actum externum præparata est ad negotiationem, & cum qua Dominus re vera intendebat exercere aliquod negotium sibi vtile, & lucrosum.* Y en nuestro caso la destinacion vino desde las Capitulaciones matrimoniales, y el animo de emplearla en beneficio de el mayorazgo lo han manifestado bien los Antecessores de el Marquès, instando siempre por los 50ӈ. ducados, y sus reditos. Comprobant Cardinal. de Luca *de Vsuris. Discurs.* 32. *per totum*, Hermosilla *in leg.* 10. *tit.* 1. *part.* 5. *gloss.* 4. *â num.* 137. & D. Castillo *lib.* 2. *Controvers. cap.* 1. *per totum.*

118. Aunque todo lo discurrido sea incontrovertible, como de hecho lo es, mediante que el Estado es vn mero fiador, podrà oponer, que la question hablarà con los bienes libres de el Duque Don Fernando, y que no aviendolos, se quedarà sin cobrar el Marquès, pues su obligacion no se extendiò en virtud de la facultad Real â mas, que â la restitucion de la dote; pero no â los interesses, debanse estos, ô no: hallandonos precisados â tocar esta question, para que, ex supposito de estar obligados ex vi facultatis los frutos, y rentas de el Estado, por no aver bienes libres de el Duque Don Fernando, deban satisfazer todos los interesses, que por la retardacion de el principal se le deben â la casa, y mayorazgo de el Marquès.

119. Duda es esta tan grande, que Mieres *de Maiorat.* 4. *part. quæst.* 1. *limit.* 2. *num.* 39. dixo, averla visto dudar, y que *in practica contingit in litibus opulentis*; y aunque en este lugar no la resuelvè, tocandola remissivè problematicamente, sin embargo, por ser lo principal de la atencion de el Marquès, serà precisso buscarla en los muchos Authores, que la tocaron.

120. Lo primero, que se suele dezir, es, que semejan-

tes

tes facultades para obligar, ô enagenar los bienes de vn mayorazgo, son contra su naturaleza, y fin; y que si por la voluntad expressa de los Fundadores està prohibida la enagenacion, el cócederse dichas facultades, es en gran perjuycio de los Successores, porque deben juzgarse, ê interpretarse estrechamente, como las dispensas; opinion, que llevaron el Sr. Molina *de Primog. lib. 4. cap. 1. & cap. 4. & 5.* Mieres *4. part. quæst. 1. limit. 1. num.* 131. de calidad, que si en la facultad se excediere in re, in forma, aut in modo, no valga, vt per DD. *in cap. Imperialem. de prohibita feudor. alienat.* idem Mieres *loc. proxim. cit. ex num.* 115. *ad* 139. *& eadem.* 4. *part. quæst.* 11. *ex num.* 27. *ad* 38.

121. A cuyo primer fundamento se responde de muchos modos. El primero: porque entonces la facultad es *stricti iuris*, quando el que la dà, concede algo, que es contra el Derecho comun de los mayorazgos, ô contra su naturaleza, y qualidad, en que consintiendo, nada dà, quitando solamente el impedimento de su voluntad; en cuyo caso, mas se entiende beneficio, que dispensacion; y entonces no se interpreta estrictamente, porque el assenso se considera de dos maneras, ô como privilegio, y dispensacion, ô como gracia, y beneficio: quando es como gracia, y beneficio, admite latissima interpretacion; lo que al contrario, quando es privilegio, ô dispensacion.

122. Y aunque es verdad, que la que admite el beneficio, ô gracia, es solo *quoad expressa; non verò quoad non expressa, quia in eis fit stricta interpretatio*; se responde: q̃ aquello se tiene por expresso, que se sigue de lo expresso, aunque paresca tacito, diziendose expresso, lo q̃ se colige de la mente de el Principe; y el assenso se trae tambien, â lo q̃ es tacito, en q̃ se incluye lo virtual, y que viene de la mente de el concedente; esto por via de comprehension, y no de extension: y como quiera que el Rey, quando concediò la faclutad, en ella misma hizo expresion de la dote, per viam comprehensionis vienen los intereses por la retardacion.

123. El segundo modo de respuesta consiste, que entonces la facultad se debe entender *strictè*, quando se pone en vn contracto, que es stricti iuris; porque de ponerse en

el que sea *bonæ fidei,* toma la naturaleza de èl, sobre que se pone; y siendo, como es, el contracto de dote *bonæ fidei §. Fuerat. Instit. de Action.* es preciso se regule por èl, y no el contracto por la facultad: embarazando poco, que el assenso sea cierto modo de dispensa, porque aun en estos terminos es tambien gracia, *& quatenus gratia venit extendenda.* A mas, que aunque sea dispensa, porque rigorosa, y estrictamente se deba entender, sin embargo se incluyen los intereses, no por via de extension, sino de comprehension, pues tambien en las materias odiosas se incluye caso, *qui ex mente venit disponentis.*

124. El tercero, y vltimo modo està en que, aunque la gracia sobre materia estrecha estrechamente se aya de interpretar, no obstante, esto es cierto en lo no expresso, porque en lo expresso admite lata interpretacion: siendo la razon, porque en lo expresso es mera gracia, *& non restringitur â natura rei, cui adhæret.* Fundamentos todos, que llevò Pedro Surd. *de Aliment. tit. 9. quæst. 31. ex num. 39. & per totam,* quem sequitur (aunque no lo cita) Feliciano *de Censib. tom. 2. lib. 3. cap. 5.* vbi *num. 17.* concludit in hunc modum: *Ex quibus hanc opinionem existimo veriorem, & ex AA. num. crebriorem, qua retenta, non obstant adducta pro contraria parte; quia quòd hypotheca virtute facultatis Regiæ constituta comprehendat redditus, & vsuras, non fuit per modum extensionis, sed comprehensionis.*

125. Y por escusar la repeticion de muchos Authores, baste solo la recopilacion, que hizieron los Addentes ad D. Molin. *lib. 4. de Primog. cap. 5. num. 6.* ibi: *Nam eo ipso, quòd Princeps dedit assensum ad obliganda bona maioratus, dedit facultatem ad solvendum redditus eadèm obligatione, & ratione eiusdem hypothecæ absque nova, & expressa licentia.* & infra: *& id comprobatur in fideiussore dotis, qui tenebitur marito ad dotis non solutæ interesse; & vbicumque bona maioratus obligantur, maioratus est ad instar fideiussoris.* & rursus: *& hæc opinio in iudicando, & consulendo semper tenenda est, quidquid contrarium referat decisum Martha Voto. 156. qua retenta, dicendum est: quòd sicut bona maioratus in casu prædicto pro dotis restitutione possunt alienari, ita etiam possunt pro interesse decurso super dote, ex* Peregrino *artic. 42. num. 93.* quem refert, & sequitur Fussarius, *de Substitutionibus*

quæst.

quæst. 531. *num.* 42. *&* 48.

126. Sed nihilominus podrà impugnarse por el Estado, que ni per viam comprehensionis puede la gracia, ô facultad Real comprehender el caso de los intereses; fundando la instancia *in leg. final.* §. *Lucius Titius. ff. de Condition. indeb.* en cuyo texto concedida la restitucion *iure minoris* sobre el punto principal de el contracto, en que huvo vsuras, â estas no se extendiò; y siendo este beneficio, si rescindiò el principal, â estar inclusas per viam comprehensionis las vsuras, de el mismo modo las huviera comprehendido: dando la razon la glossa Verbo, *non posse*, ibi: *Quia singulare ius restitutionis non porrigitur vltra id, quod in iudicio restitutionis tractum est.* De cuyo texto hizo mencion Feliciano *de Censib. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 17. *Versic.* Tertiò *assensus.* Philippus Paschal. *de Virib. Patriæ potest. cap.* 7. *num* 36. y conque parece quedar desvanecido todo, lo que â la respuesta de la primera instancia se dixo; por comprobarse evidentemente, ser distinto lo principal de la dote de los intereses; â fin de que, en fuerza de la facultad Real, deban satisfazerlos las rentas, y frutos de el Estado.

127. Esta instancia la tuvo tan presente Pedro Surdo *dict. tit.* 9. *& quæst.* 31. que no solo le dà vna, sino tres respuestas desde el num. 63. y siguientes. La primera: que la decision de este texto se entiende en las vsuras odiosas, *quæ propter moram debentur.* lo contrario en las que son fovorables, como son los intereses dotales, y alimentos. La segunda: que esto se entiende en las vsuras, que no son vna misma cosa con la suerte principal, como lo son los intereses, respecto de la dote. Y la tercera: que solo debe practicarse dicha decision en las vsuras debidas *titulo lucrativo*, pero no en las que provienen *de titulo oneroso propter interesse passum*; y que aunque por la ley *Cùm quidam.* 17. *ff. de Vsuris.* §. 1. el Acreedor moroso se entiende, que remitiò las vsuras odiosas, en el Acreedor por intereses dotales es muy distinto, pues su taciturnidad no es causa, de que se entiendan remitidos, por ser estas vnas vsuras favorables.

128. A mas, que dicho texto prueba plenamente en contra de el Estado; porque en su especie las vsuras fueron

 legi-

legitimamente debidas, y pagadas; y la restitucion, que intentò el heredero de el menor, fue solo contra la suerte principal, que era, lo que vnicamente se debia; de calidad, que si el principal, y las vsuras se debiessen, pudiera obstar el texto; pero como estas estaban pagadas, y el principal no, era materia tan separada, que para èl fue menester el juycio de la restitucion, y despues otro nuevo, para repetir las vsuras pagadas. Interpretacion, que diò Anton. Fabro *in Rational. ad tit. de Condiction. indeb. fol.* 444. y 445.

129. Y aunque tambien se quiera traer el texto *in leg. Ideò.* 17. *ff. de Compens.* para probar, que quando la suerte principal tiene algun privilegio, no se extiende al caso de la mora, motivo porque no se admitiò la compensacion de la cantidad, en que fue condenado el de la especie de este texto, con otra tanta, que el fisco le debia; responde Philippus Paschal. *dict. cap.* 7. *num.* 63. que el motivo fue la gran diferencia, que ay entre interesse, y pena; y que en el caso de este texto fue pena, que se le impuso, al que corria con la annona, en cuyo caso es materia muy separada al de los interesses de la dote, que son favorables, y vna misma cosa con ella; llevando esta misma opinion Paulo de Castr. *in dict. leg.* & etiam Ponte *Decis.* 34. *num.* 51.

103. Compruebase lo hasta aqui discurrido con la opinion de el Señor Salgado 2. *part. labyr. cap.* 8. donde moviendo la question, sobre si concedida facultad Real para imponer mil sobre los bienes de vn mayorazgo, podrà el posseedor imponerlos de plata, ô precisamente han de ser de vellon, y trayendo las dos opiniones contrarias, la de Noguerol *Alleg.* 2. *â num.* 61. y la del Señor Amaya *in leg.* 1. *Cod. de collat. æris. lib.* 10. *num.* 38. y con ninguna conformandose, teniendo por muy absoluta la de Noguerol para este caso, en que llevò poderse hazer la imposicion de plata, la entiende dicho Señor Salgado por cierta fuera de este caso; fundandolo en que, toda la vez, que en la misma facultad se comprehenda todo, lo que viene por naturaleza de el acto, aunque este sea de estrecha naturaleza, recibe interpretacion. Ibi *num.* 26. *Omnia*

ete-

etenim duntaxat respiciunt comprehensionem eorum, quæ ex natura actus, super quo Regia facultas emanavit, veniunt, quæ etiam in actibus sui natura strictissimi iuris, quamtumvis non expressa, sed tacitè subintellecta, includi certissimum est. ex DD. & exemplis per eundem Noguerol abundè consideratis.

131. Pero porque se remite â la 4. *part. de Regia. cap.* 10. donde desde el *num.* 87. en que trata, si mandandose restituir vna alhaja, sin mencionarse los frutos, excederà el executor, executandola por ellos, y en que lleva la opinion negativa; es muy de el caso notar, lo que dize desde el num. 92. en que con la disposicion de el texto capital *in leg. Lucius Titius. ff. de Administr. Tutor.* resuelve, *quòd dispositiones, quamvis stricti sint iuris, loquentes de re principali, locum habent, & extenduntur ad connexa, & appendices eius:* prosiguiendo en los numeros siguientes, deber practicarse lo mismo en las transacciones, fianzas, dispensaciones, y otros semejantes, citando â Avilès *in cap.* 1. *Prætor. â num. 9. & seqq.* Marescot. *Var. Resolut. cap.* 24. *resolut.* 242. *num.* 6. Surdo *decis.* 212. & 265. y â otros.

132. Y aunque el Sr. Larrea *in loco mox citando* entiende de otra forma este texto *in leg. Lucius.* â favor de el fiador, y contraponiendolo â la ley *Si posteà.* 10. *ff. Rem pupil. Salvam for.* en que â el fiador se le condenò, por lo que sobrevino ex natura administrationis, y para conciliarlos dixo, que en la especie de la dicha ley *Lucius.* se obligò el fiador â cierta, expressa, y determinada causa, y que por esto no fue obligado â lo incidente; siendolo el de la especie de dicha ley *Si posteà.* porque fue la fianza in omnem eventum, & casum.

133. Sin embargo esta misma inteligencia dà motivo â dividir en este modo: que, ô la fianza fue en expressa, cierta, y determinada causa, ô *in omnem eventum,* ô *in dubio*: Si en la primera especie, està la dicha ley *Lucius.* Si en la segunda, la ley *Si posteà.* Y si es *in dubio,* como se entenderà esta fianza? Como la entendiò Surdo en la *Decis.* 212. *num.* 8. in facti contingentia, diziendo, que *fideiussor in dubio censetur acceptus in omnem causam, quæ oriri posit; & ideò censetur quoque pro causa fructuum obligatus.* para que cita â Paulo de Castro, Boerio, y otros.

Y

134. Y para que se venga en conocimiento, de que no es absolutamente verdadera la regla, de que la fianza in omnibus se tenga por-de estrecha naturaleza, es de tener presente la especial limitacion de el Iuris-consulto Paulo *in leg. Si ab vno. 17. ff. Vt Legator, seu fideicommis. non caveat.* donde dexados dos por herederos, y â otros dos vn legado de 50. â cada vno, estando los dos herederos obligados proportionibus, llegaron los dos legatarios â vno de ellos, pidiendole les afianzasse su legado, y hecha la fianza, el heredero, que la diò, succediò en el Derecho de su coheredero; y dudandose, si por esta parte acrecida, y con ella la obligacion de los 50. se entenderia la fianza, resolviò el Consulto afirmativamente, ibi : *Si ab vno ex hæredibus legatorum satis acceperimus, cùm ab omnibus hæredibus nobis legatum esset, & pars cohæredis accrescat promissori, in totum fideiussores tenentur. & ibi* Gloss. Con cuyo texto llevò esta opinion Surd. *dict. Decis. 212. num. 9. cum AA. ab eo citat.* de que se saca, que todo lo que se acrece â la suerte principal, se acrece tambien â la fianza; y acreciendose los intereses al credito de el Marquès, baxo de la fianza, que en fuerza de la facultad Real se hizo, aunque esta se contemple *in dubio,* se entienden comprehendidos.

135. Roboratur etiam hæc sententia ex doctrina D. Molinæ *lib. 4. de Primog. cap. 5. â num. 10. ad 30.* donde moviendo la question, sobre si la facultad Real concedida para vender bienes de mayorazgo, per viam comprehensionis se extienda â la pignoracion, haziendose cargo de el §. *Si Prætor.* de la ley *Si pupillorum. ff. de Rebus eor.* ibi : *Et mea fert opinio, eum, qui aliud fecit, quàm quod â Prætore decretum est, nihil egisse,* procurando responder magistralmente, resuelve, ser valida la pignoracion : constituyendo diferencia entre el mandato de el Juez para con el tutor, â la facultad Real, en la qual no se admite interpretacion estrecha, como la debe aver en el mandato judicial. Comprobando su opinion, â mas de los Addentes *dict. loc. â num. 15. & seqq.* el Padre Luis de Molina *tom. 3. de Iustit. & Iur. Disp. 652. num. 2.* Gratian. *tom. 1. cap. 43. ex num. 31. ad 35.* & alii.

136. Vltimo loco opondrà el Estado la authoridad de

el Sr. Larrea, y Decision de la Chancilleria de Granada, de q̃ tratò en el *tom. 1. Disp. 37. per totam*: donde en los mismos terminos de facultad concedida para restitucion de dote, y dudarse, si se debian comprehender los intereses, pro viribus, & subtilitate assueta defendiò, fundò, y llevò, estar exclusos de la facultad, y libres de su paga los bienes de el Mayorazgo.

137. Grande es la authoridad de el Sr. Larrea, y que como tal debe apreciarse, sino nos hiziera fuerza, que escriviendo Noguerol *la Allegacion* 17. y llegandola â tocar al num. 27. dize al 28. que dicha opinion absolutamente tomada no es cierta, y que es mas verdadera la contraria; para que cumùla todas las authoridades, ô las mas, que se han omitido citar; entendiendo desde el num. 30. al 32. que el motivo de esta decision fue, por aver sido morosa culpablemente la muger, en pedir su dote; y asi entiende la opinion de dicho Sr. Larrea, y q̃ siempre que no aya mora culpable, no deberà obstar. Y aun en estos terminos comprueba nuestro assumpto esta inteligencia de Noguerol, pues es constante, no aver avido mora en la Duquesa, ni en los Antecessores de el Marquès; pues desde luego, que muriò el Duque Don Fernando, y se formò el concurso, que fue tambien luego, salieron deduciendo sus pretensiones, instando siempre por el principal, ê interses.

138. Pero sin embargo, es tan diverso el caso, sobre que escriviò el Sr. Larrea, de el nuestro, que antes su authoridad, y decision de el Tribunal ha de favorecer al Marquès; porque, aunque en terminos de facultad sea la misma, en la substancia de la dote ay gran diferencia â la de la Duquesa Doña Beatrìz, & movemur ad hoc ex sequentibus.

139. Lo primero: q̃ atendiendo â la decision misma, que trae â el n. 16. y que haziendole fuerza â el Tribunal Superior el fundamento de ambas opiniones, sobre la inclusion, ô exclusion de los intereses en la facultad Real, dize; que *in hoc rationum conflictu, ex aliquorum sententia Senatus fuit in ea opinione*, que los intereses fuessen exclusos, y fuera de la facultad; conque no fue tan conforme el voto, que no huviera de contrario sentir algunos. Y aunque sin embargo es senten-

cia, esta solo se entenderà segun la materia, sobre que cayò; lo que se deduce por los fundamentos, que se traen despues, mediante no aver puesto la especie el Sr. Larrea.

140. Lo segundo: que esta sentencia, se dize desde el num. 17. estar *triplici funiculo contexta.* El primero: porque en aquel caso, la dote era inestimada. El segundo: porque quien pretendia el interese, era vn extraño, que no tenia causa de la dotada; siendo solo vn successor en el mayorazgo, lo que falta en nuestro caso, en que la dote fue estimada, y el Marquès por su mayorazgo tuvo tan cierta causa de la Duquesa Doña Beatrìz, que ella misma fue, quien de la mitad de su dote dispuso, se hiziesse la agregacion, quando llegasse el caso de la restitucion, estando antes cumplida la condicion; cuyo pacto de agregacion, aunque se hizo entre el Duque Don Fernando, y los Padres de Doña Beatrìz, consintiendo esta, como expressamente consintiò, el acto se le atribuye propriamente, y no â sus Padres: *Quia filius consentiens Patri facienti maioratum ex legitima, dicitur ipse filius facere; & ideò pro debito filii potest fieri executio in legitima.* Ita Addent. ad D. Molin. *lib. 2. de Primog. cap. 3. n. 7. in fine* ex Gamma *decis. 208. n. 4.* conque si, por averse dado dicha providenica, se tuvieron presentes estos 2. fundamentos, faltando en nuestro caso, ay disparidad grande; y el defecto de aprecio en la dote, y sus fundamentos, y como tambien los que se traen, para el de no tener causa de la dotada, hazen â favor de el Marquès.

141. Y aunque el tercero motivo *in puncto iuris,* sobre lo no extensible de la facultad â los intereses, parece fundarlo, y seguirlo dicho Sr. Larrea, no explìca, si por este solo motivo fue la decision de el Senado, antes si se inclina â lo contrario; pues esta fue en los terminos, de concurrir la dote inestimada, y de no traer causa de la dotada, el que pretendia los intereses. A mas de que, aunque esta decision se quiera tomar en todo su rigor, ay otras en contra de el Real Supremo Consejo de Castilla, de quibus meminit Noguerol *dict. Allegat. 17. num. 26.* donde no obstante el falimento de los Maridos de las pretendientes, y de el Concurso de sus Acreedores, se les mandò pagar con prelacion, no solo el

prin-

principal de sus dotes, sino tambien las vsuras, *& idem decisum fuit in aliis causis*, concludit *in dict. num.* 26.

142. Lo tercero se hecha menos, que el Sr. Larrea citando en los numeros 11. y 27. al Sr. Castillo en el *tom.* 4. *Controvers. cap.* 26. *num.* 61. para probar, que la facultad Real no es extensible de casu ad casum, se olvidasse citarlo en el *lib.* 8. *Controvers. cap.* 36. §. 5. *per totum*, donde abundantissimamente toca esta question, no solo en los terminos de facultad para obligar los bienes de mayorazgo *pro dotis constitutione, vel restitutione in aliqua certa summa*, sino por otra qualquiera causa, vt proponit num. 5.

143. Cuyos fundamentos son tan solidos, y copiosos, que no dexan la menor duda en la materia, para la opinion afirmativa, en que queda, y resuelve al num. 18. in hunc modum : *Superioribus ergo fundamentis omnibus non refragantibus, quibus concludenter satisfactum, & responsum est suprà (vt vides) contrariam, affirmativamque sententiam in dubiis ipsis propositis suprà num.* 1. *& quatuor seqq. constanter amplectimur, & verissimam, atque in actu practico servandam omnino credimus ; videlicet, quòd assensus præstitus pro dote trahatur etiam ad alimenta ;* & rursus: *item quòd facultas Regia ad obliganda bona maioratus, & obligatio, & hypotheca eorum trahatur etiam ad vsuras, & interesse, sive pro annuis redditibus solvendis, dum sors principalis soluta non fuerit, sive propter moram in solvendo adhibitam.*

144. Y para prueba de que los intereses, y la dote son vna misma cosa, â mas de lo que dexa fundado, propone al num. 25. la question tan controvertida, y para que dize, era necessaria disputa formal, que no escusa, por la connexion, que con este punto de intereses de dote, y restitucion en virtud de facultad Real tiene ; vtrùm, si la hypoteca tacita inducta â lege en los bienes de el Marido por la restitucion de la dote, competa de el mismo modo por los alimentos, que el Marido està obligado, â dar â su muger ? Y exornando esta question con la opinion de Surdo *de Aliment. Privileg.* 49. *per totum*; que tambien llevaron Rodriguez *de Annuis Reddit. lib.* 2. *quæst.* 7. *num.* 70. Versic. *Sed contraria sententia.* Felician. *de Censib. tom.* 1. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 18. *in fine*, y â otros muchos, que con el texto en la *ley Vnica.* §. *Et vt pleniùs.*

Cod.

Cod. de Rei vxoriæ act. llevaron la afirmativa, por el principal fundamento, que consiste, en que los alimentos se deben â la muger por la dote, y estando los bienes de el Marido obligados por la suerte principal, lo. estàn tambien por los alimentos; lo que se deduce de la dicha ley *Lucius. ff. Qui potior. in pignor. habeant.*

145. Passa despues â formar la contraria, que es la negativa; siendo el Author principal de ella Pedro Barbos. *in leg.* 1. *ff. Solut. matrim.* 3. *part. num.* 28. y tambien Fachineo *Controvers. lib.* 12. *cap.* 33. *per totum,* quienes pro viribus la fundan, y con cuya opinion negativa se conforma dicho Sr. Castillo, diziendo, que *in puncto iuris est verior, & tenenda omnino, y que ni apud practicos aut vsu forensi vnquam vidit, nec audivit, vt adversùs tertios rerum mariti possessores, quocumque titulo possideant, hypothecaria actio competat, aut intentari posit pro alimentis debitis vxori,* vt constat ex num. 28. §. *Verè tamen secunda hæc opinio negativa.*

146. Y contrapesando ambas opiniones, por hazerle fuerza sus fundamentos, sin embargo de la negativa, en que quedò; la limita al caso, de que, si la muger puede pedir la dote, tiene tambien Derecho por la misma hypoteca, para repetir los intereses, limitando el *Cap. Accessorium. de Regul. iur. in* 6. y la ley *Cum Principal. ff. de Regul. iur.* que entonces los reditos no siguen la naturaleza de el principal, quando por este no compete accion; y que compitiendo, quando llega el caso, de que la dote se pueda pedir por la obligacion, ê hypoteca contrahida por el Marido, baxo de ella misma deben correr los intereses por la retardacion. Son las palabras de el Sr. Castillo num. 29. tan de el caso, que, aunque dilatadas, no se escusan poner â la letra.

147. *Contrariam verò, negativamque opinionem relatam num.* 28. *suprà, quòd hypotheca in bonis mariti pro dote non trahatur ad alimenta vxori debita per maritum, in contrarium facere videri; ad quod scribentium omnium nullus advertit, nec minùs removet obstaculum hoc; quod tamen facilè dilui potest; in memoriam revocatis his, quæ Petrus Surdus dict. Privileg.* 40. *num.* 1. *columm.* 1. *fol.* 507. *annotata reliquit, dum distinxit hypothecariam competere pro alimentis in his casibus, in quibus dos repeti potest, & sors debetur; quia*

tunc

tunc reddi debet cum vsuris, & interesse, & eodem modo restituenda erit dos cum alimentis pro tempore, quo differtur actualis solutio. Sed hypothecaria agi non potest ad alimenta in casibus, in quibus non potest agi ad dotem. Et ratio differentiæ est: nam si alimenta dotis accessoria sequi debent principalis naturam: Cap. Accessorium. de Regul. iur. in 6. leg. Cùm principalis. ff. de Reg. iur. & quando actio non competit pro principali, non datur etiam pro ipso accessorio: quia vno cessante alterum quoque cessat. Propterea, quando dotis restitutio non debetur, eo casu neque actione hypothecaria peti possunt alimenta. Obligatio ergo, & hypotheca inducta pro sorte censetur etiam inducta pro interesse, & vsuris, quando sors peti potest; non autem quando peti non potest, prout dos constante matrimonio repeti non potest. Atque ita admissa etiam 2. opinione negativa, quæ (vt dixi) verior est, non vrgent aliquo modo contra ea, quæ suprà remanent resoluta iuxta distinctionem prædictam.

148. A mas de esta opinion, la siguen Merlino *de Pignorib. lib. 3. tit. 2. quæst. 51. â principio,* & præcipuè *â num. 24. ad* 30. y todas las demàs, que juntò Faria ad D. Covarr. *lib. 1. Var. cap. 7. num. 28. & 29.* Suponiendola por cierta, y citando â dicho Sr. Castillo el Cardenal de Luca *de Dote. discurs. 51. num. 2.* De calidad, que *in puncto iuris,* y en lo que admite la practica, no puede dudarse, en que la facultad Real comprehendiò los intereses de el todo de la dote; para cuya repeticion mora alguna huvo en la Duquesa Doña Beatrìz, ni en los Antecessores de el Marquès, en la parte, que â su mayorazgo tocaba.

149. Sed ad quid tot authoritates, tot decisiones Senatus Regii, vt cum Noguerol dicebamus? Quando sin salir de este pleyto, tiene el Marquès la mas justa, la mas apreciable, y la que con el mayor conocimiento de causa se diò por V.S. en que teniendo presente la pretension de la Duquesa Doña Beatrìz, y la de los Authores de el Marquès, con la contradiccion de los Acreedores, que concurrieron â cobrar de los bienes de el Duque Don Fernando, les mandò hazer pago, no solo de el principal, sino de los reditos; mandando se liquidassen por el Relator, los que â el mayorazgo de el Marquès tocaban, dando traslado, y por otra executoria aprobando la liquidacion. Conque puede dezir el Marquès en

esta causa : *Sic invenio Senatum censuisse*, ex vulgari textu *in leg. Filius emancipatus.* 14. *in fine principii. ff. Ad leg. Cornel. de Falsf.* de quo pulchrè, & copiosè D. Valenz. Velasq. *consil.* 166. *tom.* 2. *n.* 58. Y si en virtud de esta executoria se mandò despachar la provision de execucion, y de cuya providencia se ha suplicado, y cuya confirmacion se pretende ; aviendose alegado nada por el Estado, ni antes de la executoria, ni quando la execucion se pidiò, ni despues, sobra todo lo discurrido en este punto ; para que por lo determinado, se supla, y emmiende la qualidad de los reditos, y que estos se le acrediten â el Marquès : pues por la voluntad de Doña Leonor su Tia, estàn mandados agregar â su casa, y mayorazgo, como el principal de los 50ʊ. ducados.

150. Esto es, quanto se ofrece por esta parte en su defensa, fiada mas en la justicia, que le asiste, que en la debilidad de mis estudios. Dignandose V. S. de suplir, lo que huviere faltado, ex titulo *Vt quæ desunt Advocatis Iudex suppleat.* Tolerando tambien lo prolijo, por no averme podido ceñir â tanta brevedad, como deseaba, ofrezì â el principio, y acostumbro. Quiera Dios no aya yo excedido *in qualitate, & quantitate*, de forma que aya fastidiado el animo de V. S. Cuius D. C. hæc submittimus. Hispali die 2. Ianuarii. Anno 1722.

Licenciado D. Juan Joseph de Padilla Velasquez.